

# **Pasientens selvbestemmelsesrett og helsepersonellets hjelpeplikt i øyeblikkelig hjelp – situasjoner.**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 654  
Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 14600 ord

22.04.2010

## Innholdsfortegnelse

1.	<u>Selvbestemmelse eller behandling?</u>	s. 4
2.	<u>Rettsikkerhet</u>	s. 4
3.	<u>Rettskilder og kort om fremveksten av pasientrettighetene</u>	s. 4
3.1	Grunnloven	s. 5
3.2	Lovgivning	s. 5
3.3	Lovforarbeidende	s. 7
3.4	Forskrifter	s. 8
3.5	Rettspraksis	s. 8
3.6	Informasjonsrett	s. 8
4.	<u>Definisjoner</u>	s. 9
5.	<u>Pasientens selvbestemmelsesrett</u>	s. 10
5.1	Gyldig samtykke	s. 10
5.2	Rettspraksis	s. 11
5.3	Vilkår	s. 12
6.	<u>Kravet til samtykkekompetanse</u>	s. 13
6.1	Representasjonsregler	s. 14
6.2	Verge	s. 16
6.3	Prosessuell kompetanse	s. 16
7.	<u>Noen problemstillinger</u>	s. 20
7.1	Tidsnød	s. 20
7.2	Smerter, stress og angsts	s. 20
7.3	Bevisstløs	s. 20
7.4	Rusmiddelavhengig	s. 21
8.	<u>Helsepersonellens hjelpeplikt</u>	s. 22
8.1	Noen typetilfeller	s. 24
8.1.1	Selvmondsforsøk	s. 24
8.1.2	Gjentakende, men lite inngripende behandlingsform	s. 25
8.1.3	Konstant behandlingsform ved alvorlige sykdommer	s. 25
8.1.4	Enkeltstående inngrep	s. 25
9	<u>Tvang</u>	s. 26
10	<u>Rettsvirkninger</u>	s. 29
10.1	Gyldig samtykke	s. 29
10.2	Forsvarlighet	s. 29
10.3	Privatrettslige virkninger	s. 30

<b>11</b>	<b><u>Ugyldig samtykke</u></b>	<b><u>s. 31</u></b>
	11.1 Erstatning	s. 31
	11.2 Strafferettslige reaksjoner	s. 31
	11.3 Administrative reaksjoner	s. 32
<b>12</b>	<b><u>Litteraturliste</u></b>	<b><u>s. 35</u></b>

## **1. Selvbestemmelse eller behandling?**

Formålet med min oppgave er å gi en oversikt over pasientenes selvbestemmelsesrett og helsepersonellens hjelpeplikt. Ideen til oppgaven kom fra en venn. Han jobber som lege ved skademottaket på legevakten i Oslo. I sin jobb opplever han til tider at pasienter nekter å la seg behandle eller undersøke. Bakgrunnen for behandlingsnekten er ikke alltid forståelig, men skyldes i noen tilfeller rus eller en generell misstro til helsevesenet. Spørsmålet som ble stilt er om min venn i kraft av sin stilling kan påtvinge pasientene den helsehjelpen som han anser som nødvendig. Og dersom han ikke utfører denne handlingen, hvilke rettsfølger vil det kunne få for han.

Jeg har valgt å konsentrere meg om pasienter som har sin selvbestemmelsesrett i behold og oppgaven er derfor avgrenset mot tilfeller der pasienten faller inn under psykisk helsevern lovgivning. Pasientens selvbestemmelsesrett er mest utsatt i akutte situasjoner. Det er der reglene om samtykke til helsehjelp kommer i konflikt med helsepersonellens plikt til å hjelpe. Oppgaven konsentrerer seg derfor mest om øyeblikkelig hjelp- situasjoner.

## **2. Rettsikkerhet**

Rettsikkerhet er et begrep brukt for å beskrive hvordan forholdet mellom borger og offentlige myndigheter bør være. Det sentrale er at avgjørelsene truffet av forvaltningen må være i overensstemmelse med loven. Det vil si at de må være rettsriktige. For at rettsikkerhet skal bli mer enn bare en formalitet må reglene som skapes etterleves. Det karakteristiske for en velferdsstat slik som Norge er at det offentlige påtar seg oppgaver og forplikter seg i forhold til borgere. Hensikten med en velferdsstat er at mennesker skal få hjelp i vanskelige situasjoner. Dette gjelder også for situasjoner der helsen svikter. Å yte helsehjelp står derfor sentralt. Vedtakelsen av pasientrettighetsloven og helsepersonelloven presiserte og ga nye regler om borgernes rett til helsetjenester. Etter de helserettslige bestemmelsene er folk nå sikret et minimum av helsetjenester<sup>1</sup> og at helsetjenestene har et forsvarlig<sup>2</sup> minstenivå. Kravet om forutberegnlighet er nå også bedre ivaretatt. Bestemmelsene sier også noe om tvangsbruk. Tvang kan ikke anvendes med mindre det eksisterer en hjemmel i lov.

## **3. Rettskilder og kort om fremveksten av pasientrettighetene**

I utgangspunktet er rettskildene i helseretten de samme som i andre deler av rettsystemet. Man begrunner på bakgrunn av grunnlov, lov, forarbeider, forskrifter, rettspraksis og lignende.

---

<sup>1</sup> Kommunehelsetjenesteloven § 2-1, pasientrettighetsloven §§ 2-1 og 2-2

<sup>2</sup> Helsepersonelloven § 4, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2

### **3.1 Grunnloven**

Grunnloven er i forhold til andre lover *lex superior*. Det vil si at Grunnlovens regler er av høyere rang enn den øvrige lovgivningen. I den norske Grunnloven finnes det ingen bestemmelser som gir rett til medisinsk behandling, heller ingen bestemmelser som direkte verner om helsen. Det er likevel noen bestemmelser som kan tenkes anvendelig i forhold til helseretten. Den første er Grunnlovens § 96. Bestemmelsen fastslår følgende prinsipp: "Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom." Denne bestemmelsen er et uttrykk for legalitetsprinsippet og vil derfor være relevant i forhold til innskrenkelsen av pasientens selvbestemmelsesrett, bruk av tvang og bruk av nødrett. Den andre er Grunnlovens § 97. Bestemmelsen forbyr lover med tilbakevirkende kraft. Bestemmelsen har vært brukt i forhold til spørsmål om journalinnsyn. Den tredje er Grunnlovens § 100 som omhandler ytringsfrihet. Bestemmelsen gir helsepersonell, pasienter og pårørende rett til å uttale seg. Bestemmelsen gir vern for demonstrasjonsfrihet og kan derfor brukes for eksempel for å styrke pasientens rett til å sultstreike for å sette fokus på en sak. Gjennom bestemmelsen får helsepersonellet rett til å vasle om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Grunnloven § 110 b slår fast retten til et sunt miljø. Den siste er Grunnlovens § 110 c. Etter denne bestemmelsen skal myndighetene "respektere og sikre Menneskerettighetene".

### **3.2 Lovgivningen**

Lover er bestemmelser vedtatt av stortinget etter en bestemt prosedyre. Et eksempel på tidligere reguleringen av helserett er den kongelige forordningen om Medicis og Apothekere av 4. desember 1672. Loven regulerte i hovedsak legenes og apotekeres rettigheter og plikter, men også i denne loven kom hensynet til pasienter til uttrykk<sup>3</sup>. De første grunnleggende<sup>4</sup> helselovene kom i midten av 1800- tallet. Første var sinnssykeloven av 1848, deretter sunnhetsloven av 1860. Tradisjonelt var helselovgivningens viktigste oppgave å bekjempe sykdom og mange spesial lover på dette område ble vedtatt. For å illustrere dette kan det nevnes lov om foranstaltninger mot tuberkulose (1900), lov om åtgjerder mot kjønnssykdommer (1948) og lov om vern mot overføring av smittsom sykdom fra utlandet (1952).

Også helsepersonellens rettigheter og plikter ble tidlig lovregulert. De viktigste er jordmorloven (1898), legeloven (1927) og lov om tannhelsetjenesten, som først ble forankret i folkeskoleloven i 1917 og videreutviklet ved folketannrøktloven av 1949. Interessante ved disse lovene er at selv om de ble skrevet ut i fra et prinsipp om at "legen vet best" så innhold alle tre plikter som kunne resultere i rettigheter for pasienten. Tydelig eksempler er taushetsplikten og plikt til å yte øyeblikkelig hjelp. Bestemmelsen var utformet som plikter for helsepersonellet, men det var ingen tvil om at de skulle gi pasienter rett. Kjønnstad<sup>5</sup> nevner også legeloven § 13. Etter denne bestemmelsen ble legene pålagt en plikt til å være sparsomme ved utøvelsen av yrket. Denne plikten resulterte i at pasienten kunne, ved hjelp av domstolene, redusere legens honorar dersom denne var urimelig høy.

---

<sup>3</sup> Henriette Sindig Assen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling 2000, s. 162

<sup>4</sup> Asbjørn Kjønnstad, Helserett 2007, s. 58

<sup>5</sup> Asbjørn Kjønnstad, Helserett 2007, s. 79

Disse tre lovene ble erstattet av nye i 1980 og 1985. Den viktigste nye pasientrettigheten som ble innført ved vedtakelsen av den nye legeloven var pasientens rett til informasjon, men også rett til medvirkning og retten til journalinnsyn ble innført. Samtidig med legeloven ble en ny tannlegelov vedtatt. De to lovene var svært likt utformet. Pasientens rettigheter som ble innført ved disse lovene ble også inntatt i jordmorloven som ble vedtatt fem år senere. Eneste forskjeller her var at bestemmelsen om pasientens medvirkning ble erstattet med jordmorens plikt til å stimulere kvinnen som føder til ”egeninnsats”<sup>6</sup>.

I mellomtiden hadde det også kommet en del andre profesjonslover. Disse var skrevet etter prinsippene i legeloven av 1925 og ble ikke revidert i 1980. Det ble allikevel antatt i den tids teori at de overfor nevnte pasientrettigheten var ”allmenne helserettslige prinsipper”<sup>7</sup> og disse gjaldt også for de ikke reviderte lovene.

I 1999 og 2001 ble de gjennomført en ny revisjon, denne resulterte i syv nye og viktige helselover. Felles for disse lovene er at de ble grundig forberedt, er systematisk oppbygd og bruk av ord og uttrykk er valgt med omhu. Ved lovtolkning skal lovens ordlyd derfor tillegges vekt og en naturlig språklig forståelse legges til grunn. Det er viktig å være klar over at utvidende tolkning av bestemmelsene kan komme i strid med stortingets bevilgningsmyndighet, mens innskrenkende lovtolkning kan være i strid med legalitetsprinsippet. Bestemmelsen er til dels videreføring av eldre rett og lovfestning av ulovfestede regler. For å forstå bestemmelsene er det derfor viktig å ha kunnskap om reglens forhistorie. Denne vil kunne ha betydning for både gjeldene rett og vise en fremtidig rettsutvikling. Lovene har stor rettskildemessig vekt og av de syv som ble vedtatt er særlig to viktige for min oppgave. Pasientrettighetsloven og helsepersonelloven.

Ved vedtakelsen av pasientrettighetsloven i 1999 ble alle reglene og prinsippene om pasientrettigheter samlet. Meningen med loven var å gjøre reglene lettere tilgjengelig for folk flest og dermed styrke pasientenes rettstilling. Et kjennetegn ved loven er at bestemmelsene er utformet fra pasientens synsvinkel. Det innebærer at ved en tolkning av bestemmelsen må det fokuseres på problemstillinger som er særlig aktuelle for pasienten og i forhold mellom pasienten og helsepersonell/helsetjenesten. Det er viktig å være klar over den tradisjonelle ujevnheten som har eksistert og det faktum at reglene nå gradvis dreies i favør av pasienten. Beste eksempel på det sistnevnte er vedtakelsen av kravet om informert samtykke som rettslig utgangspunkt for all helsehjelp.

Helsepersonelloven er den andre store loven innenfor helseretten. Loven erstatter de tidligere profesjonsbestemmelsene og samler rettigheter og plikter som helsepersonellet har under sin yrkesutøvelse. Pliktene i denne loven korresponderer i stor grad med pasientenes rettigheter etter pasientrettighetsloven. Helsepersonelloven lovfester også en del av de ikke lovfestede pliktene som har eksisterer. Dette er for eksempel krav om forsvarlig opptreden og muligheten for å benytte seg av ulike typer sanksjoner ved helsepersonellets brudd på sine plikter.

---

<sup>6</sup> Jordmorloven 1985, § 3 andre ledd

<sup>7</sup> A. Kjønstad, Helserett, 2007, s. 86

Lovfestelsen gjør disse pliktene tilgjengelige og forutsigbare. Dette er viktig for å ivareta helsepersonellet rettsikkerhet.

At loven nå gjelder alle som i helsetjenesten yter helsehjelp innebærer også en endring av tidligere rettstilstand. Plikter som tidligere gjaldt bestemte grupper gjelder nå alle. Denne utvidelsen er begrunnet i en hensiktsmessig bruk av helsepersonellets kvalifikasjoner. Konsekvensen av utvidelsen er de gruppene som tidligere var unntatt er nå underlagt tilsyn og oppfølging fra tilsynsmyndighetene. Dette bidrar til en strengere kvalitetssikring av helsepersonellets arbeid og er med på å styrke tillitsforholdet mellom pasienter og helsepersonell.

I forhold til min oppgave er også straffelovens bestemmelser viktige. Nødrettsbetraktninger og straff ved legemskrenkelser blir drøftet senere i oppgaven.

### **3.3 Lovforarbeidene**

Lovforarbeider er de skrevne dokumentene som ligger til grunn for loven. Det kan være offentlige utredninger (NOU), odelstingsproposisjoner (Ot.prp.) og innstillinger fra stortingskomiteen. I disse finner man ofte veiledning om hvordan lover skal forstås. Lovforarbeider blir omtalt som lovgiverens vilje.

Norske domstoler pleier å legge stor vekt på uttalelser i lovforarbeidene, også der helserettslige spørsmål kommer opp. At de nye helserettlovene ble grundig forberedt kan tale for at dette er riktig å gjøre. I juridisk litteratur er man imidlertid ikke helt enig i denne vektleggelsen. Kjønstad skriver for eksempel at: ”Etter min mening har slike uttalelser ofte blitt tillagt for stor vekt i forhold til andre rettskildefaktorer<sup>8</sup>.” I forhold til helse- og sosialrettslig lovgivning nevner han også at ”denne hovedsakelig praktiseres av ikke- jurister som må kunne holde seg til lovens tekst<sup>9</sup>”. Han mener også at: ”Det er betenkelig å legge vekt på vidtrekkende uttalelser i lovens forarbeid som ikke kan forankres i lovteksten. Dette gjelder særlig hvis det er spørsmål om å tolke en rettighetslov innskrenkende<sup>10</sup>.”

Selv om uttalelsene til Kjønstad er inntatt i boken Helserett er han ganske generell i sin drøftelse. Etter mitt syn er kritikken av lovforarbeidene som rettkilde ikke rettet mot helselovgivningens forarbeider, men mot bruken av forarbeider som rettskilde generelt.

Aasen<sup>11</sup> mener at forarbeidene kan være nyttige hjelpemidler til å avklare tvilsspørsmål og viser til at hensyn til forutberegnlighet taler for at forarbeidene skal brukes fremfor antagelser om rettsoppfatning, reelle hensyn og publikumssedvaner. At forarbeidene til pasientrettighetsloven og helsepersonelloven er av nyere dato (boken er skrevet i 2000) taler etter hennes syn også for at de skal tillegges rettskildemessig vekt.

---

<sup>8</sup> A. Kjønstad, Helserett 2007 s. 60

<sup>9</sup> A. Kjønstad, Helserett 2007 s. 169

<sup>10</sup> A. Kjønstad, Helserett 2007. 169

<sup>11</sup> H.S. Aasen, Pasientenes rett til.. kap. 4.3

Hun mener imidlertid at forarbeidene til pasientrettighetsloven preges av ”nokså påfallende mangel av presisjon<sup>12</sup>”. Videre omtaler hun det hun anser som forarbeidenes svakheter og konkludere med at de ”nevnte svakhetene fører til at de på mange punkter ikke kan tillegges noen særlig egenvekt i forhold til spørsmål om ikke er nokså entydig løst i loven<sup>13</sup>”.

### **3.4 Forskrifter**

Forskrifter er regler gitt av forvaltningen etter at denne har fått særskilt fullmakt i lov fra Stortinget til å gi slike regler. Forskriftene er ofte svært omfattende. I forhold til den nye helselovgivningen er det utgitt ca 40 forskrifter. Dette gjør forskrifter som rettskilde noe uoversiktlig. Det kan også være problematisk å se hvordan forskriftene skal kombineres med bestemmelsen i loven. Som rettskildefaktor har de i utgangspunktet den samme vekten som lov, men forskriftene kan ikke være i strid med det som bestemt i formell lov. Man må derfor aldri bare ta utgangspunkt i en forskrift. Det var tidligere antatt at forskriftene ikke hadde stor kildemessig vekt da de var lite tilgjengelig og som regel forbeholdt forvaltningsorganene. I forhold til den nye helselovgivningen er dette løst ved at forskriftene er nå lagt ut på internett.

### **3.5 Rettspraksis**

Rettspraksis er avgjørelser truffet i domstolene. Avgjørelsene kan stamme fra Høyesterett, lagmannsrettene eller tingsrettene. Det er dommene avsagt av Høyesterett som blir tillagt størst rettskildemessig vekt. Når det gjelder helserettslige spørsmål er det erstatningsansvaret for leger eller sykehus ved feilbehandling av pasienter som har vært gjenstand for flest avgjørelser. På dette område foreligger den mest omfattende rettspraksisen fra tiden før vedtakelsen av den nye pasientrettighets og helsepersonelloven. Det ble avsagt 29 Høyesterettsdommer som omhandler feilbehandling og erstatningsansvar i perioden 1900 til 1999. Av disse var det kun i 6 tilfeller at pasienten fikk medhold i sitt krav. I tillegg ble informasjonsplikten og krav om samtykke behandlet av Høyesterett. De to sistnevnte problemstillingene har nå blitt løst ved at vi har fått bestemmelser som regulerer område. Dommene er allikevel av rettskildemessig interesse da de viser den historiske utviklingen og behovet for regulering. Viktige dommer om helserettslige spørsmål er: Sykejournal- dommen fra 1977 som gir pasientene rett til journalinnsyn, Fusa- dommen fra 1990 som tar opp spørsmålet om pasientrettigheter og hvor langt de strekker seg og P-pille- dommen fra 1992 som fastslår objektivt ansvar for legemiddelprodusenten.

I tillegg til de ordinære domstilene har vi også Trygderetten, fylkesnemnd for barnevern og sosiale saker og en rekke andre domstolslignende forvaltningsorganer. Vedtak fattet av forvaltningsorganene vil i liten grad være publisert, det gjelder særlig saker som inkluderer barn. I den grad de er tilgjengelige vil de kunne tillegges rettskildemessigvekt.

### **3.6 Internasjonal rett**

Internasjonal rett er rettsregler som har trinnhøyde mellom grunnlov og lov. Ved motstrid mellom internasjonal rett og norske bestemmelser skal internasjonal rett gå foran. Reglene i

---

<sup>12</sup> H.S. Aasen, Pasientens rett til... s. 172

<sup>13</sup> H.S. Aasen, Pasientens rett til... s. 176



helse retten bygger stort sett på nasjonale kildematerialer. Men det er to sett internasjonale kilder som er særlig viktige for norsk helse rett. Menneskerettighetene er den første og EU/EØS- retten den andre. Etter menneskerettighetsloven gjelder fire sentrale konvensjoner som norsk rett:

- *Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950*
- *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. Desember 1966*
- *FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. Desember 1966*
- *FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. November 1989*

EU/EØS- retten får betydning for betydning i forhold til retten til å utøve virksomhet som helsearbeider i andre land enn der man er utdannet og om retten til å omsette og eksportere legemidler.

#### 4. Definisjoner

Ethvert inngrep overfor et enkeltmenneske krever at det foreligger et gyldig rettsgrunnlag. Et slikt rettsgrunnlag kan være lovhjemlet eller basert på enkelt personens samtykke.

Et krav om at det må foreligge et gyldig samtykke før helsehjelpen gis finner vi i pasientrettighetsloven kap. 4. § 4-1 første ledd lyder: ”Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke.”

I pasientrettighetsloven § 1-3 er en pasient definert som ” en person som henvender seg til helsetjenesten med anmodning om helsehjelp, eller som helsetjenesten gir eller tilbyr helsehjelp i det enkelte tilfelle”.

Pasientdefinisjonen i omfatter også friske mennesker som har bruk for ytelser fra helsetjenesten og personer som er blitt av ulike grunner nektet helsehjelp. Grunnen til dette er at også disse personene kan ha bruk for de prosessuelle rettighetene som pasientrettighetsloven gir. Dette kan være rett til journalinnsyn eller muligheten for å klage på avgjørelser fra helsetjenestens sin side.

Dersom helsehjelp ytes uoppfordret som i øyeblikkelig hjelp- situasjoner, og eventuelt mot personens vilje, omfattes personen også av lovens pasientbegrep, jf. ”gir eller tilbyr” i pasrl. § 1-3.

En person som tilbys helsehjelp, men som avslår hjelpen, defineres også som pasient. Pasienten som avslår helsehjelp vil dermed få anledning til å klage dersom pasientens avslag kom som følge av manglende informasjon fra helsetjenesten.

Aslak Syse har i boken Pasientrettighetsloven vært noe kritisk til utformingen av pasientdefinisjonen. I følge han er definisjonen for snever og som eksempel skriver han at bokstavtolkningen av pasrl. § 5-1 om journalinnsyn, sett i sammenheng med pasientdefinisjonen, vil føre til avslag for pasienten. Han kommer til at dette kan ikke være

tilfelle og skriver videre at det må være tilstrekkelig at personen som anmoder et slikt innsyn var å regne med som pasient etter pasrl. § 1-3 på tidspunktet som anmodningen gjelder for. Syse skriver at ” den som pretenderer å ha rettigheter etter loven, ikke kan avvises på formelt grunnlag bare fordi vedkommende ikke fyller kravene til å være pasient eller legaldefinisjonen<sup>14</sup>”.

Helsehjelp er definert som handlinger som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål og som er utført av helsepersonell.

Meningen er at pasientrettighetsloven skal gjelde for all hjelp som ytes av helsepersonell i og utenfor helsetjenesten. Handlingene som har formål å inngå i forsknings eller rent utprøvende behandling faller utenfor definisjonen av helsehjelp, jf. Ot.prp. nr 12 for 1998-1999. Også sosiale tjenester faller utenfor med mindre de omfattes av helsehjelpbegrepet og utføres av helsepersonell.

Hvem som regnes som helsepersonell er opplistet i lov om helsepersonell § 3. Det er personer med autorisasjon etter helsepersonelloven § 48. Det er i dag 27 grupper som omfattes av autorisasjonsordningen. Personer som ikke har rett til autorisasjon kan gis lisens etter søknad jf. helsepersonelloven § 49. Lisensen kan være begrenset i tid, til bestemt stilling, til visse typer helsehjelp eller på andre måter. Videre er personell i helsetjenesten eller i apotek, elever og studenter også å regne med som helsepersonell. Vilåret er at de utfører handlinger som går under begrepet helsehjelp.

## **5. Pasientens selvbestemmelsesrett**

### ***5.1 Gyldig samtykke***

For at helsepersonell skal kunne gi helsehjelp er det oppstilt et krav om at pasienten har avgitt et gyldig samtykke. Dette har sitt utgangspunkt i pasientens selvbestemmelsesrett.

Selvbestemmelsesrett har også blitt omtalt som pasientens autonomi. Begrepet autonomi kan defineres som ” det å fremføre sine intensjoner direkte i samspill med andre i situasjoner der ens egne interesser står på spill<sup>15</sup>.” I juridisk teori har selvbestemmelsesretten blitt omtalt som full bestemmelsesrett i forhold til sin frihet, sin helse og sitt liv.

Norsk lovgivning og rettspraksis har bidratt til denne definisjonen. Kravet om samtykke har lenge vært oppstilt i helserettslige særlovgivningen. Eksempler på dette er abortloven, steriliseringsloven og transplantasjonsloven. Også legeloven har bidratt til å styrke pasientens innflytelse med bestemmelser om retten til informasjon, retten til journalinnsyn og retten til medvirkning.

---

<sup>14</sup> A. Syse, Pasientrettighetsloven 2009, s. 130

<sup>15</sup> Definisjonene er hentet fra boken ” Å si fra. Autonomibegrepet i psykoanalysen” skrevet av Siri Erika Gullestad.

## 5.2 Rettspraksis

Når det gjelder rettspraksis finnes det tre Høyesteretts dommere som har drøftet spørsmålet om rettslig konsekvens av manglende samtykke. Ulempen ved de omtalte dommene er at alle er fra tiden før det generelle kravet om samtykke ble inntatt i pasientrettighetsloven.

Dommene blir derfor kun kort gjenfortalt da de viser hvordan synet på pasientens selvbestemmelsesrett ble gradvis tillagt mer vekt.

Den første dommen finner vi i Rt. 1981 s. 728. En gutt på 11 år fikk problemer med arm og skulder etter at en nerve ble skadet under et inngrep der legene skulle fjerne en lymfeknute fra guttens hals. Guttens mor hadde ikke blitt informert om risikoen for at en slik skade kunne oppstå. I dommen uttaler førstvoterende at: ”Jeg kan ikke legge noen vekt på at mor ikke ble orientert om skaderisikoen. Man måtte i så fall ha orientert om at inngrepet kunne avdekke livstruende sykdom. Etter min mening kan man ikke bebreide legen for at han utførte inngrepet uten å gi noen slik orientering.”<sup>16</sup>

I sin kommentar<sup>17</sup> til dommen skrev Kjønstad at pasienten, som i dette tilfelle ble representert av mor, burde ha fått tilgang til de relevante opplysningene som foreligger for deretter å ta stilling til om hun vil samtykke til inngrepet. Kjønstad fastslo også i sine kommentarer at det grunnsynet denne dommen bygget på, neppe kunne opprettholdes mange år etter at kravet om pasient informasjon og medvirkning ble lovfestet i legeloven.

Men kravet om informert samtykke fikk selv etter det ikke gjennomslag i Høyesterett. I saken som er gjengitt i Rt. 1993 s. 1169 skulle en pasient fjerne en svulst. Under inngrepet viste det seg at svulsten satt nær lungetoppen, og at den utgikk fra nervevev og ikke lungevev som tidligere antatt. Svulstens plassering medførte et større inngrep enn planlagt og pasienten ble påført en nerveskade under dette inngrepet. Pasienten hevdet at han ikke hadde gitt samtykke til et inngrep av det omfanget og fikk medhold av herredsretten. Lagmannsretten la på sin side vekt på forsvarlighetsvurderingen i denne konkrete sak og kom til at kirurgen hadde handlet medisinsk korrekt ved å gjennomføre det inngrepet svulsten krevde. Lagmannsretten la videre til grunn at den ”ikke finner det tvilsomt at pasienten også ville ha samtykket til det større inngrepet”<sup>18</sup>. I Høyesterett ble det foretatt en vurdering av hvilken informasjonskriterier som kunne utledes etter dagjeldende legelov § 25. Forarbeidene til denne loven pekte i retning av at det var overlatt til legens skjønn å avgjøre hvor mye en lege skulle gi av informasjon til pasienten. I dommen påpeker Høyesterett at ”det i de senere år syntes å ha skjedd en utvikling i synet på hvor omfattende opplysninger som skal gis en pasient”<sup>19</sup>. Likevel fikk ikke pasienten medhold i denne sak. Førstvoterende konkluderte med at ”samlet sett mener jeg at manglende informasjon om muligheten for nerveskade kan ikke utløse erstatningsansvar i dette tilfelle”<sup>20</sup>.

Til tross for utfallet gikk denne dommen noe lengre i å stille krav om samtykke enn dommen fra 1981.

---

<sup>16</sup> Rt. 1981 s. 735

<sup>17</sup> A. Kjønstad Pasientrettighetenes fremvekst 1992

<sup>18</sup> Rt. 1993 s. 1169

<sup>19</sup> Rt 1993 s. 1175

<sup>20</sup> Rt 1993 s. 1175

Siste dommen er inntatt i Rt. 1998 s.1538. En ung mann mistet sin seksuelle funksjon etter at han gjennomgikk en ryggoperasjon. Det var en 5 prosent risiko for at en slik skade kunne oppstå, men pasienten ble ikke informert om dette. Høyesterett var i dette tilfelle enig i at det forelå en informasjonssvikt, men flertallet på tre dommere kom likevel til at pasienten ikke fikk erstatning da det var mest sannsynlig at han ville ha valgt å følge legenes råd om å la seg operere selv om han hadde blitt riktig informert. Høyesteretts mindretall kom fram til at pasienten ikke ville ha valgt å gjennomføre operasjonen dersom hadde vist om risikoen på forhånd.

Også denne dommen blir kritisert av Kjønstad i boken ”Medisinske feil” fra 2000. Som grunnlag for sin kritikk nevner han eldre lagmannsrettsavgjørelser og rettsavgjørelser fra USA. I disse har retten til å kunne bestemme selv vunnet frem. Dommene viser bare litt av forhistorien til det som nå er grunnleggende for at helsepersonellet skal kunne yte helsehjelp, nemlig gyldig samtykke.

### **5.3 Vilkår**

Etter at pasientrettighetsloven ble vedtatt i 1999 må man kunne si at gjeldende rett er et krav om at et informert samtykke foreligger før helsehjelpen gis. For at samtykke skal være gyldig må tre vilkår være oppfylt.

Det første omhandler pasientens personell kompetanse til å kunne avgi samtykke. For at pasienten skal ha personell kompetanse må han eller hun ha formell rettshandelsevne. Det vil si at pasienten eller pasientens representant må være den riktige personen til å avgi samtykke. Representasjonsforholdet er regulert i pasrl. §§ 4-4 til 4-7. Videre må vedkommende ha den nødvendige habilitet til å kunne avgi samtykke. Personen som avgir et slikt samtykke må med andre ord ha personlige egenskaper for å kunne tilegne seg tilstrekkelig grad av forståelse av situasjonen med konsekvenser. Slike egenskaper blir også kalt samtykkekompetanse.

Andre vilkåret er kravet om prosessuell kompetanse. Det vil si at samtykke ikke er ugyldig som følge av tilblivelsesmangler. Tilblivelsesmanglene i dette tilfelle er helt like som for en allmenn kontraktsinngåelse. Eksempler er at samtykke har blitt gitt som følge av svik eller tvang. Personen som avgir samtykke må avgi det med den kvaliteten som kreves ut i fra situasjonen. Samtykke som er avgitt må også oppfylle formkrav for den aktuelle situasjonen samtykke skal avgis for. Dette kan være krav om skriftlig form, som finnes for eksempel i transplantasjonsloven § 1. Et krav om prosessuell kompetanse er krav til at samtykke er avgitt på en formriktig måte.

Det siste vilkåret er et krav til materiell kompetanse. Samtykke må med andre ord gjelde et saksforhold pasienten kan samtykke til. Straffeloven oppstiller materielle begrensinger for hva en person gyldig kan samtykke til. Et eksempel er straffeloven § 233, jf. 235. Etter denne loven kan ikke en person gyldig samtykke til barmhjertighetsdrap. En kan heller ikke samtykke til grov legemsbeskadigelse.

## **6. Kravet til samtykkekompetanse**

For at pasienten skal kunne avgi et samtykke som er gyldig må pasienten ha samtykkekompetanse. For å finne ut av om vedkommende har samtykkekompetansen må vi se på bestemmelsen i pasrl. § 4-3. Hovedregelen etter denne bestemmelsen er at myndige personer og mindreårige etter fylte 16 år kan samtykke til helsehjelp. Denne kompetansen kan imidlertid bli innskrenket av andre lovbestemmelser.

For definisjonen av myndige personer henviser paragrafen oss til vergemålsloven definisjon i § 1. Det er etter denne lov personer som er over 18 år og ikke umyndiggjort. Pasrl. § 4-3 bokstav b gir også mindreårige etter fylte 16 år samtykkekompetanse. Vi sier derfor at den helserettslige myndighetsalderen er 16 år. Denne retten kan imidlertid falle bort. Om det skal skje avhenger av den mindreåriges pasientens mentale modenhet og av tiltakets art. Tiltak som fører til at myndighetsalderen opphøyes følger av for eksempel transplantasjonsloven § 1. Etter denne loven må en person være fylt 18 år for å kunne samtykke. Etter steriliseringsloven § 2 må personen som samtykker ha fylt 25 år.

Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykke omfatter. Dette følger av pasrl § 4-2, andre ledd.

Samtykkekompetansen skal vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og vurderingen skal i utgangspunktet gjøres av helsepersonellet som yter helsehjelpen. Vurderingen kan etter spesialtjenesteloven § 3-7 gjøres av pasientansvarlig lege. Annet kvalifisert helsepersonell kan også bidra til å utføre denne kompetansevurderingen. Ved tvil om samtykkekompetansen foreligger skal pasienten normalt ha rett til å samtykke eller rett til å nekte å ta i mot behandling. Loven krever at det er åpenbart at pasienten ikke er i stand til å samtykke.

At helsepersonell kommer til at pasienten mangler kompetanse til å samtykke i en bestemt situasjon, betyr ikke at pasientens samtykkekompetanse bortfaller for andre situasjoner eller områder. Forarbeidene til pasientrettighetsloven ønsket at det i loven skulle presiseres at samtykkekompetansen kunne falle bort helt eller delvis. Det begrunnet dette med at en pasient kan ha evne til å forstå enkle inngrep eller undersøkelser selv om pasienten generell sett har manglende evne til å sette seg inn i premissene for å avgi et samtykke. Dette kan være særlig aktuelt ved tidligere stadier av demens der pasienten fint kan ha "klare" perioder og vil kunne avgi et gyldig samtykke. Pasienter i akutte situasjoner kan også mangle samtykke kompetanse på grunn av skader de har pådratt seg, for eksempel ved slag til hode, manglende bevissthet eller mulighet til å orienterer seg i forhold til situasjonene de er i. Så lenge pasientens tilstand påvirkes av skaden vil helsepersonellet kunne yte hjelp med hjemmel i helsepersonelloven bestemmelser om øyeblikkelig hjelp. Når pasientens tilstand har forbedret seg vil han igjen ha samtykke kompetanse og vil kunne medvirke til eller nekte videre behandling.

Skulle helsepersonell etter en vurdering komme til at pasienten mangler kompetanse til å avgi et samtykke, skal dette begrunnes og nedtegnes i pasientens journal. Pasienten og hans eller

hennes pårørende skal få tilgang til denne journalen. Dette vil gi pasienten mulighet til å uttale seg, påklage avgjørelsen eller velge å gi et representert samtykke.

### **6.1 Representasjonsregler**

Hovedregelen etter pasrl. § 4-4 er at foreldre eller andre med foreldreansvaret har rett til å samtykke til helsehjelp for pasienter under 16 år. Det samme gjelder for barneverntjenesten dersom de har overtatt omsorgen for barnet.

Denne reglen må ses i sammenheng med de alminnelige reglene i barneloven §§ 30 og videre. Her er barn gitt økende beslutningskraft i saker som omhandler personlige spørsmål. Barn fra 7 års alder skal kunne uttale seg, og etter at barnet har fylt 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Denne aldersgrensen ble nedsatt ved inkorporasjon av FNs barnekonvensjon i norsk rett.

For barn mellom 12 og 16 år kan det sies å forligge en form for ”delt samtykkekompetanse”. Ved uenighet mellom barn og foreldre er det allikevel foreldrene som tar den endelige avgjørelsen. Det er en forutsetning at denne myndigheten blir brukt til barnets beste. Foreldrenes livssyn kan for eksempel ikke føre til at barnet ikke får livsviktig blodoverføring. Også i forhold til andre akutte situasjonen vil foreldrenes mening kunne tilsidesettes. Dette følger blandt annet av barnekonvensjonen art. 3 pkt 1. ” Ved alle handlinger som vedrører barn (...) skal det først og fremst tas hensyn til hva som gavner barnet best”.

Dersom foreldrene ikke ivaretar barnets medisinske behov kan omsorgen for barnet overtas etter barnevernloven § 4-12.

Det fremgår ikke eksplisitt av pasientrettighetsloven, men i enkelte tilfeller kan barn under 16 år samtykke til behandling på egen hånd. Dette kan være i situasjoner der barnet selv tar initiativ til å oppsøke helsetjenesten og det dreier seg om enkle lidelser der behandlingen ikke byr på større problemer.

Marit Halvorsen skriver i sin bok<sup>21</sup> at dersom et barn er stort nok til å kjenne symptomene, oppsøke legen og beskrive sin tilsand uten hjelp, er barnet stort nok til å kunne gi samtykke. Annet juridisk litteratur som omhandler dette emnet strekker seg ikke så lang, men det er enighet om at en 15 år gammel jente vil kunne få prevensjons veiledning og gynekologiske undersøkelser uten at foreldrene trenger å samtykke. Dersom jenten ikke ønsker at foreldrene skal informeres, skal helsepersonell respektere det også. Abortinngrep vil på sin side kreve foreldrenes samtykke der barnet ikke har fylt 16 år. Dette følger av abortloven § 4 første ledd, jf. 9a.

Dersom barn under 16 år nekter å ta i mot helsehjelp kan barnets oppfatning være utslagsgivende. Dette gjelder i situasjoner der det finnes rimelig tvil om behandlingen er tjenlig og til barnets beste. Behandlingsnekten i akutte situasjoner vil ikke falle inn under denne vurderingen, motsatt for behandlingen etter at barnets situasjon er stabilisert og barnet har fått informasjon og forstått denne.

---

<sup>21</sup> Rettslig grunnlag for medisinsk behandling 2002

For pasienter mellom 16 og 18 år kan det i enkelte tilfeller være nødvendig foreldrenes samtykke. Dette vil være for tilfelle der inngrepet som skal gjøre er irreversibelt som for eksempel ved plastisk kirurgi. Dette følger av pasrl. § 4-5. Etter denne reglen er det foreldre eller de med foreldreansvar som får kompetansen til å samtykke dersom den mindreårige ønsker å gjennomgå et slikt inngrep. Loven gir derimot ikke grunnlag for å iverksette behandlingstiltak eller andre inngrep dersom pasienten motsetter seg disse. Der behandling mot mindreåriges vilje er nødvendig for å unngå helseskader vil nødrettsbestemmelsen i helsepersonelloven § 7 kunne gi hjemmelsgrunnlag. Også bestemmelsene i pasrl. kap. 4A vil kunne komme til anvendelse.

Etter pasrl. 4-6 er avgjørelsesmyndigheten lagt til helsepersonell dersom pasienten er myndig, men uten samtykkekompetanse. Denne myndigheten helsepersonell har fått etter denne bestemmelsen gjelder for tiltak som er av lite inngripende art, og som er begrenset med hensyn til omfang og varighet. Dette kan være rutinemessige handlinger som er en del av den daglige omsorgen, eller behandling med ikke reseptbelagte medikamenter over kortere tid. Grensen mellom lite inngripende og inngripende tiltak er ofte flytende. Kan tiltak som i utgangspunktet er enkle å gjennomføre gi bivirkninger over tid vil de havne i kategorien inngripende tiltak. Det samme skjer dersom pasienten viser motvilje.

I situasjoner der pasientens behandling ses på som inngripende er det helsepersonell som yter helsehjelpen i samråd med annen kvalifisert helsepersonell som får beslutningsmyndigheten. Helsepersonellet som det rådføres med, bør være helsepersonell som ikke har behandlingsansvar for pasienten i den konkrete situasjonen. Det er også mulig å bruke helsepersonell utenfor den behandlende avdelingen eller institusjonen.

Det var tidligere noe uklart om denne av beslutningskompetansen var tillagt pasientens nærmeste pårørende eller helsepersonellet. Loven ble derfor endret med virkning fra 1. mai 2008. Det er nå klart at helsepersonellet skal ta avgjørelser også ved alvorlige inngrep. Pasientens pårørende skal så lang det lar seg gjøre få muligheten til å uttale seg. De har også rett til informasjon om pasientens tilstand.

Å finne pårørende og la de uttale seg i en akutt situasjon kan by på problemer. Bakgrunnen for dette er ofte tidsnød. Det kan også oppstå situasjoner der pasienten ikke har legitimasjon eller på andre måter ikke kan identifisere. I slike situasjoner må helsepersonellet handle ut fra hjelpeplikten. Hensynet til å redde liv vil stå sterkere enn pårørendes rett til å uttale seg.

Uttalelser fra pasientens pårørende og fra helsepersonellet som har uttalt seg om pasientens tilstand skal alltid journalføres.

Pasrl. § 4-6 gir imidlertid ikke hjemmel for å gjennomføre tiltak dersom pasienten motsetter seg disse. For somatisk helsehjelp vil reglene i pasientrettighetslovens kap. 4A kunne anvendes. Pasienter som er umyndiggjort etter lov av 28. november 1898 skal, så sant det er mulig, selv samtykke til helsehjelp. Dette følger av pasrl. § 4-7.

## **6.2 Verge**

Pasientens samtykkekompetanse vil være avhengig av inngrepets alvorlighetsgrad, behandlingens nytteeffekt og pasientens erfaring med tilsvarende helsehjelp. Pasientens evne til å ta til seg informasjon og oppfatte sin helsesituasjon vil også være av betydning for om pasienten kan samtykke. Dersom pasienten ikke er i stand til å treffe en adekvat beslutning, plikter den oppnevnte vergen å sørge for at pasienten blir tatt hånd om. Dette følger av vergemålsloven § 39. Etter denne bestemmelsen har vergen en form for fullmakt og kan samtykke til medisinske undersøkelser og behandlinger. Vergens viktigste oppgave er å sørge for at den umyndige pasienten får tilgang på nødvendig helsehjelp. Vergen skal også protestere dersom behandlingen overskrider det som er nødvendig eller det knytter seg betydelig risiko til. Vergens samtykkekompetanse er begrenset til tiltak som er i pasientens beste. Vergen kan derfor ikke samtykke til behandling eller inngrep dersom pasienten motsetter seg disse.

## **6.3 Prosessuell kompetanse**

Andre kravet for at et gyldig samtykke foreligger er at samtykket har blitt avgitt på en formriktig måte. I juridisk litteratur kalles dette krav til prosessuell kompetanse. Dette kravet kan igjen deles i tre, hvorav den første er formkrav.

I pasientrettighetsloven § 4-2 er det stilt krav til hvordan samtykket skal komme til uttrykk for at det skal anses for gyldig. Det framgår av bestemmelsen at: "Samtykke kan gis på en uttrykkelig eller stilltende måte. Stiltende samtykke anses å foreligge dersom det ut fra pasientens handlemåte eller omstendighetene for øvrig er sannsynlig at han eller hun godtar helsehjelpen<sup>22</sup>".

Et uttrykkelig samtykke kan gis muntlig eller skriftlig. Loven oppstiller ingen generelle krav til at samtykke gis skriftlig, men dette formkravet oppstilles i noen tilfeller i særlovgivningen. Eksempel på en slik lov er transplantasjonsloven. Etter § 1 i denne lov må samtykke fra en organdonor foreligge skriftlig. I de tilfellene der særlovgivningen oppstiller krav til skriftlighet må dette overholdes etter lex specialis- prinsippet. Med skriftlig samtykke menes at pasienten skriftlig meddeler sin vilje eller underskriver på forelagt dokument. Et muntlig samtykke kommer til uttrykk i form av verbal tillatelse.

Med stilltende samtykke siktes det til at pasienten for eksempel nikker til et spørsmål, eller med sin adferd viser at han godkjenner det som er i ferd med å skje.

Forarbeidene til pasientrettighetsloven ønsker å sidestille uttrykkelig og stilltende samtykkeformer. Det er likevel klart at stilltende samtykke, vil i flere tilfeller, ikke kunne være tilstrekkelig rettsgrunnlag for å iverksette en behandling. Det står i forarbeidene at det ved undersøkelser eller inngrep som kan være spesielt smertefulle, eller medføre risiko for pasienten kan det oppstilles et særskilt krav om skriftlighet. Bakgrunnen er at skriftlighet i gitte tilfeller øker notoriteten og skaper tydelighet med hensyn til at pasienten avgir et reelt samtykke. Det vil også kunne tenkes at pasienten tenker seg grundigere om før han avgir en skriftlig tillatelse.

---

<sup>22</sup> Pasientrettighetsloven § 4-2



Uansett form, uttrykkelig eller stilltiende, må det avgitte samtykke framstå som en alvorlig ment beslutning. Helsepersonell kan ikke bruke pasientens fortellende eller forhandlende utsagn som rettslig grunnlag for en behandling. Ved tvil skal helsepersonell forsikre seg om dette er virkelig noe pasienten gir tillatelse til. Imidlertid trenger ikke pasientens beslutning innebære et ønske om behandlingen. Det kan tenkes at pasienten helst skulle vært foruten behandlingen, men ser nødvendigheten av den og er enig i at det må utføres.

Dersom pasienten ikke er i stand til å avgi et uttrykt eller stilltiende samtykke kan et hypotetisk samtykke fremstå som et selvstendig kompetansegrunnlag. Dette skyldes den behandlingsplikten helsepersonell har overfor bevisstløse pasienter. Denne plikten omhandler alle grupper av helsepersonell og vil bli behandlet senere i oppgaven.

Hypotetisk samtykke blir brukt som rettsgrunnlag i mindre akutte tilfeller. Antagelsen om samtykke må være aktsom og, så lang det lar seg gjøre, bygge på en hypotese om pasientens vilje. Det samme gjelder for presumert samtykke. Rettslig står de to samtykkeformene nært hverandre og i Ot. prp. nr. 12 for 1998-99 er presumert samtykke stort sett bruk synonymt med hypotetisk samtykke. I begge tilfeller der det snakk om "antatt" samtykke. I juridisk litteratur blir dette også omtalt som ubedt hjelp, og negotiorum gestio. Forutsetningen for å kunne bruke de samtykkeformene er behandlingen skjer i pasientens beste interesse. Pasientens pårørende skal få muligheten til å uttale seg før behandlingen starter og pasientens og hans pårørendes livssyn skal legges til grunn for en avgjørelse. Behandling kan ikke iverksettes dersom helsepersonell finner noe som tilsier at pasienten ikke ville ha ønsket behandlingen.

Andre kravet som må være oppfylt for at vi skal kunne si at pasienten har avgitt et formriktig samtykke er at samtykket ikke må være beheftet av tilblivelsesmangler. Dette medfører at samtykke som er blitt avgitt under tvang, som følge av svikt eller andre ugyldighetsgrunner ikke er gyldig. Ugyldighetsgrunnene har, er de samme som gjelder for helt allment kontraktsinngåelse.

Kravet om at samtykket må være avgitt frivillig står ikke uttrykkelig i pasientrettighetsloven, men følger av kravet om samtykke til selve inngrepet, og ellers alminnelige rettsprinsipper. Også Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin oppstiller frivillighet som krav. Av artikkel 5 i konvensjonen framgår det at inngrep kan bare iverksettes "after the person concerned has given free and informed consent to it".

Dersom pasienten blir utsatt for ytre press eller manipulasjon av ulike slag, for eksempel tvang eller løgn vil man kunne stille spørsmål om samtykkets gyldighet.

Der pasienten har blitt utsatt for fysisk eller psykisk tvang vil frivilligheten klart være utelukket. Dette er fordi tvang representerer en særdeles grov krenkelse av individets rett til selvbestemmelse. Tvang kan beskrives med begreper som "makt", "undertrykkelse", "ufrihet" og "press". Dette er begreper som de fleste vil assosiere med en betydelig grad av ubehag. Den som utøver tvang kan derfor bli straffet etter straffeloven § 222. Bestemmelsen lyder: "Med bøter eller med fengsel i inntil 3 år straffes den, som ved rettstridig adferd eller ved å true med sådan tvinger noen til å gjøre, tåle eller unnlate noe, eller som medvirker dertil."

I boken "Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling" sonderer Aasen mellom relativ og absolutt tvang. Hun skriver at ved relativ tvang får pasienten tilsynelatende valget mellom å gjøre eller unnlate noe, men føler seg tvungen til å føle gjerningsmannens vilje. Ved absolutt tvang blir pasienten underkastet visse handlinger eller hendelser uten selv å kunne gjøre noe.

Direkte tvang overfor pasienter som trenger somatisk hjelp forekommer, men heldigvis ikke i en utstrekkt grad. Den problemstillingen som derfor er mest aktuell er fravær av pasienten samtykke.

Fravær av samtykket til et inngrep er også en krenkelse av selvbestemmelsesrett og overgangen fra tvang er flytende. Krenkelsen av selvbestemmelsesretten er imidlertid ikke en like grov overtredelse som tvang. Krenkelsen som utgjør en legemsbeskadigelse eller legemsfornærmelse kan straffe etter strl. §§ 228, 229 eller 231.

Pasientens frivillighet hindres også dersom pasienten blir utsatt for manipulasjon. Eksempler på dette er tilfeller der løgn, tilbakeholdelse av informasjon og misvisende overdrivelser brukes for å få samtykke til et inngrep. Imidlertid må det trekkes en grense mot overtalende argumentasjon. Der pasienten overbevises av reelle og saklige argumenter som helsepersonellet kommer med, kan ikke straff komme på tale.

En grunnleggende forutsetning for at pasienten skal kunne samtykke til eller motsette seg et inngrep, er at vedkommende er klar over muligheten. Pasienten må med andre ord være informert.

Dette kravet om at samtykke skal være basert på tilstrekkelig informasjon har vært en integrert del av norsk helserett i de siste tjue år og er nå nedfelt i pasientrettighetsloven § 4-1 andre setning. Denne lyder: "For at samtykket skal være gyldig, må pasienten ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen." Informasjonskravet er nærmere presisert i § 3-2.

Hensynet bak informasjonskravet er pasientens rett til medvirkning. Pasientens rett til medvirkning er nedfelt i pasrl. § 3-1.

Ot.prp. nr. 12 for 1998-99 fremholder at "Sykdom leges ikke av leger, men ved legers hjelp. Helbredelsen skjer i pasientens kropp og dem pasientens medvirkning. Det er i stigende grad erkjent at samarbeid mellom helsevesenet og pasienten er viktig for å oppnå gode resultater for pasienten." Videre så må det nevnes at pasienten har som utgangspunkt ansvar for konsekvenser som følger hans valg. Dette ansvaret forutsetter at informasjonsplikten er oppfylt. At pasienten har fått informasjon er også en nødvendig forutsetning for at pasienten skal kunne utøve sin rett til medvirkning. At pasienten har fått den informasjonen han har krav på og fått muligheten til å medvirke er på sin side kriterier som oppstilles for å se om det avgitte samtykket er gyldig.

Informasjonen som gis skal være åpen, realistisk og så fullstendig som mulig. Informasjonen skal være forståelig og skal tilrettelegges pasientens individuelle forutsetninger. Bruk av nærmeste pårørende eller tolk er tillatt.

Parallelt med pasientens rett til informasjon, er helsepersonell blitt pålagt en plikt til å gi informasjonen. Denne plikten står i helsepersonelloven § 10 og lyder: ”Den som yter helsehjelp, skal gi informasjon til den som har krav på dette etter reglene i pasientrettighetsloven § 3-2 til § 3-4.”

Informasjonsplikten gjelder alle former for helsehjelp. Informasjonen skal gis om behandling, planlagte undersøkelser, vurderinger om diagnose og prognose. Plikten gjelder for alle relevante fremgangsmåter. Helsepersonellet har kun fått en begrenset rett til å unnlate å gi informasjon. Dette følger av pasrl. § 3-2 3. ledd. ”Informasjonen kan unnlates dersom det er påtrengt nødvendig for å hindre fare for liv eller alvorlig helseskade for pasienten selv. Informasjonene kan også unnlates dersom det er klart utilrådelig av hensyn til personer som står pasienten nær. Unnlatelse fra retten til informasjon har fått de samme vilkårene, og er basert på de samme hensyn, som unnlatelse fra retten til innsyn i journal eller pasrl. § 5-1.

Reglene om krav til informasjon oppfattes som svært strenge og det blir sagt at bare alvorlige situasjoner ut i fra nødrettsbetraktninger faller inn under retten til å unnlate.

Pasienten selv kan frasi seg retten til informasjon, og dersom dette er tilfelle skal pasientens ønske i utgangspunktet respekteres. Denne retten kan imidlertid begrenses. Dette kan være i tilfeller der informasjonen er nødvendig for å forebygge eventuelle skadevirkninger av behandlingen eller på områder der det foreligger særlovgivning. Eksempel på sistnevnt er smittevernsloven § 2-1 som pålegger helsepersonellet å informere personer med allmennfarlig smittsom sykdom om sykdommen, smittsomheten og smitemåter, samt å gi personlig smitteveiledning.

Det siste vilkåret for at man skal kunne si at det foreligger et formriktig samtykke er at samtykke foreligger med den kvalitet som kreves ut fra foreliggende situasjon. Kravet om kvalitet bestemmes ut av situasjonen som den som skal avgi samtykke befinner seg i. For eksempel krever medisinsk forskning et frivillig avgitt, skriftlig samtykke. Det samme gjelder dersom vedkommende ønsker å være organdonor. Stemmer ikke det avgitte samtykket overens med kravene som stilles, har samtykket ikke den kvaliteten som forventes og er derfor ikke gyldig.

Kravet til kvalitet har også et materielt aspekt. Dette henger sammen med det siste vilkåret for gyldig samtykke, materiell kompetanse. Sagt med andre ord, samtykket må gjelde det saksforhold som pasienten gyldig kan samtykke til.

Det er straffeloven som oppstiller begrensninger for hva en person gyldig kan samtykke til. Et kjent eksempel er strl. § 233 jf. § 235. Etter denne bestemmelsen kan ikke en person gyldig samtykke til barmhjertighetsdrap. Videre kan ikke en person gyldig samtykke til legemsbeskadigelse. Dette følger av strl. § 235 jf. § 231.

Det er altså et gyldig, informert samtykke som må ligge til grunn for at helsehjelp kan kunne gis. Et avgitt samtykke må kunne stå seg i en etterfølgende kontroll. Følgene av at et gyldig samtykke ikke foreligger blir drøftet senere i oppgaven.

## **7. Noen problemstillinger**

For å kunne yte helsehjelp skal det som hovedregel foreligge et gyldig, informert samtykke. I forhold til akutte situasjoner kan det blir nødvendig for helsepersonellet å utføre behandling uten at pasienten kan få den nødvendige informasjonen for å kunne samtykke, eller der pasienten av ulike årsaker er svekket i sin evne til å foreta rasjonelle beslutninger og vil eller kan derfor ikke avgi et samtykke. Helsepersonellets hjelpe plikt vil derfor i akutte situasjoner være et unntak fra hovedreglen.

### ***7.1 Tidsnød***

For det første vil situasjonen så å si alltid være preget av tidsnød. Å kreve et informert samtykke vil derfor være svært upraktisk. Dersom det i etterkant oppstår et spørsmål om et gyldig samtykke ble avgitt vil vurderingen av den opprinnelige situasjonen og handlingens karakter være avgjørende. Var helsehjelpen ”påtrengende nødvendig” vil problemet løses ved å se på helsepersonelloven § 7. Denne bestemmelsen gir hjemme for helsepersonellets handling i gitte situasjoner.

### ***7.2 Smerter, stress og angst***

For det andre vil pasienten som kommer inn på et akutt mottak ofte være preget av smerter, stress eller angst. Pasienten vil ofte føle at han ikke har kontroll over situasjonen og noen vil også syntes at det er ydmykende å trenge hjelp. Pasienten kan på bakgrunn av dette nekte å la seg behandle. Er pasienten bevisst og situasjonen tillater det er det viktig at helsepersonellet prøver å roe ned pasienten og bygger opp en tillitt. Dersom pasienten er så opprørt at han fysisk gjør motstand kan bruk av tvang være nødvendig. I dette tilfelle er det snakk om mild form av tvang, som for eksempel at sykepleieren holder pasienten for å avverge større skade. Bruken av tvang skal opphøre straks helsepersonellet har fått kontroll over situasjonen.

### ***7.3 Bevisstløs***

Er pasienten bevisstløs utelukker denne tilstanden at han selv vil kunne treffe noen avgjørelser. Et samtykke vil derfor aldri foreligge. Pasientens vil ikke kunne formidle sine ønsker og behandlingen som utføres vil derfor ikke stride med hans vilje. En bevisstløs pasient vil heller ikke kunne motsette seg. Det vil derfor heller ikke foreligge tvang. Unntak som knytter seg til beviste valg forut tilstanden, for eksempel sultestreik, blir drøftet i kapitlet om ”tvang”.

I forhold til bevisstløse personer må helsepersonellet basere seg på samtykkepresumsjon. Dette gjelder særlig dersom pasienten vil kunne komme til bevist tilsand igjen. Her må helsepersonellet kunne være trygge på at de fleste vil ønske behandling som holder dem i livet. Informasjon om den utførte behandlingen, samt samtykke til videre behandling skal innhentes så snart pasienten er bevist igjen. Dersom pasienten vil kunne komme til bevist tilstand, men med betydelige skader vil samtykkepresumsjonen svekkes. Helsepersonellet må foreta en vurdering av fordelene og ulempene ved å gjennomføre livreddende/forlengende inngrep. Dersom det er mulig skal også pårørende høres. Er den bevisstløse tilstanden fremkalt av en sykdom som pasienten har levd med en stund kan det tenkes at pasienten har

formidlet sin vilje til dem. Samtykkepresumsjon utelukkes dersom helsepersonellet har holdepunkter for at pasienten ville ha motsatt seg videre behandling. Tilfeller her kan være lang fremskredene kreft eller hiv/aids. Dersom det er helt klart at pasienten ikke vil kunne komme tilbake til bevissthet, som for eksempel når pasientens skade gjør han helt hjernedød, vil ikke helsepersonellet kunne basere seg på samtykkepresumsjon. Bakgrunnen for dette er at behandlingen ikke vil bringe personen tilbake, bare opprettholde en søvnliggende tilstand på ubestemt tid.

#### **7.4 Rusmiddelavhengig**

Den siste gruppen pasienter som omtales her og som er særlig aktuell i forhold til akutt- hjelp situasjoner, er pasienter som er rusmiddelavhengige. Utgangspunktet er at dersom en rusmiddelavhengig person oppsøker helsetjenesten for å få hjelp ved en somatisk sykdom, skal ikke hans situasjon skille seg ut i forhold til når en ikke- rusavhengig person søker hjelp. Den rusmiddelavhengige personen har samme rett til nødvendig helsehjelp som andre personer. Hjelpe som gis skal være forsvarlig. Informasjonen personen gir om sin helsetilstand skal behandles på samme måte som informasjon gitt av en som ikke er rusmiddelavhengig. Personen har også i utgangspunktet sine rettigheter i behold. Han skal samtykke til behandlingen og kan også tilbakekalle dette samtykke. Det er viktig å være klar over at en rusmiddelavhengig person ikke nødvendigvis er en ”vanskelig pasient”. Imidlertid kan situasjonen rundt en syk rusmiddelmissbruker være ganske kaotisk. Dette skyldes at denne pasientgruppen kan ofte ha nedsatt bevissthetstilstand, være under akutt ruspåvirkning, ha alvorlige infeksjoner, ha tatt overdose eller fått hodeskade. Hos denne pasientgruppen er det også svært vanlig at den svekka helsetilstanden skyldes en kombinasjon av flere av de overnevnte faktorene. I tillegg kan mistillit til helsevesenet føre til at behandling av rusmiddelavhengig pasienter vanskeliggjøres. Det nevnes også at denne mistilliten kan være gjensidig. Pasientene med rusproblematikk kan bli møtt med forutfattete meninger og skepsis.

Dersom pasienten befinner seg i en akutt og overhørende livsfare, vil hjelpeplikten eller helsepersonelloven § 7 innskrenke denne pasientens selvbestemmelsesrett. Pasienten vil etter denne bestemmelsen kunne behandles uavhengig av hans motstand. Er pasientens oppførsel truende overfor hans egen eller andres helse vil også straffelovens bestemmelser om nødrett og nødverge kunne anvendes. Ingen av de nevnte bestemmelsene vil gi hjemmel for å tilbakeholde pasienten over lengre tid. Dersom pasienten ikke kan ta vare på seg selv må man derfor også vurdere tilbakehold i institusjon eller bestemmelsene i sosialtjenesteloven kap. 6. Gravide rusmisbrukere vil av hensyn til deres ufødte barn kunne holdes tilbake hele svangerskapet etter sosialtjenesteloven § 6-2a. Dersom pasientens behandlingsnekt har sammenheng med alvorlige psykose eller personlighetsforstyrrelse vil lov om psykisk helsevern gi hjemmel for tvangsmedisinering eller andre tvangstiltak. Dette gjelder selv om den psykiske lidelsen er et følge av rusmisbruket.

## **8. Helsepersonellets hjelpeplikt**

Helsepersonellets plikt til å yte øyeblikkelig hjelp fremgår av helsepersonelloven § 7, 1. setning. Bestemmelsen lyder: ”Helsepersonell skal straks gi den helsehjelp de evner, når det må antas at hjelpen er påtrengende nødvendig.”

Bestemmelsen er gammel. Allerede i legeloven av 1927 var det en bestemmelse om plikt til å yte øyeblikkelig legehjelp i § 7. Bestemmelsen lød:

”Enhver læge plikter på anmodning uoppholdelig å yde den lægehjelp han evner personlig eller ved stedfortreder, når han etter de foreliggende opplysninger eller sitt kjennskap til sykdomstilfellet må anta at lægehjelp er påtrengende nødvendig i anledning barnsnød, sværere ulykkestilfelle, forblødninger, forgiftninger eller andre sykdomstilstanden etter Kongens bestemmelse.”

Bestemmelsen i helsepersonelloven § 7 er en videreføring av den øyeblikkelige hjelpplikten som tidligere gjaldt leger (legeloven § 27), tannleger (tannlegeloven § 27) og jordmødre (jordmorloven § 5). Forskjellen fra tidligere lovgivning til dagens er atplikten til å gi øyeblikkelig hjelp nå omfatter alle som defineres som helsepersonell etter helsepersonelloven § 48. Plikten er personlig og gjelder uansett arbeidstid. Plikten til å yte øyeblikkelig hjelp gjelder også i fritiden. Hovedhensikten med plikt for helsepersonell til å yte øyeblikkelig hjelp, er at personer som er i akutt fare for helse eller liv skal få behandling så fort som mulig og er begrunnet i at helsepersonell i kraft av sin utdanning og erfaring har særlige forutsetninger for å hjelpe i slike situasjoner I Ot. prp nr 1 (1979-80) s 87 uttalte departementet at «Den moralske plikt til å hjelpe beror åpenbart på legens kunnskap om behov for hjelp og mulighet for å yte det».

Pasientens rett til øyeblikkelig hjelp fremgår av pasientrettighetsloven § 2-1 første ledd, første punktum som lyder: ”Pasienten har rett til øyeblikkelig hjelp.”

Hva som forventes av helsepersonellet i øyeblikkelig hjelp situasjoner avhenger av vedkommendes kvalifikasjon. Dette følger av formuleringen ”den helsehjelp de evner” i § 7. Jevnt over vil det nok forventes at helsepersonell er bedre kvalifisert til å yte øyeblikkelig hjelp enn andre, men for noen grupper vil ikkeplikten strekke seg lengre enn det som følger av den alminnelige hjelpeplikten etter straffelovens § 387. Det kan for eksempel være at vedkommende tilkaller kvalifisert hjelp for atplikten skal anses som oppfylt.

Det avgjørende for omplikten til å yte øyeblikkelig hjelp inntreer er en objektiv vurdering av forholdene. Dette følger av formuleringen ”det må antas” i bestemmelsen. Situasjoner der det oppstår akutt behov for undersøkelser og behandling som for eksempel for å gjenopprette og/eller vedlikeholde vitale funksjoner, slik at man forhindrer eller begrenser alvorlige følger av sykdommen eller skaden vil være et alminnelig utgangspunkt for nårplikten inntreer.

Beskrivelsen av øyeblikkelig hjelp situasjoner kan sammenlignes med det som blir omtalt som nødssituasjon i strl. § 47. Bestemmelsen lyder: ”Ingen kan straffes for Handling, som han har foretaget for at redde nogens Person (...) fra paa anden Maade uafvendelig Fare (...).” I boken Strafferettslig nødrett skriver Andorsen at ordlyden ”uafvendelig Fare” innebærer et krav om at faren må være kvalifisert; ”en nødrettshandling kan klart nok ikke

iverksettes på grunnlag av en hvilken som helst fare". Til dette tilføyer Aasen at "det er bare når faren ikke kan avverges på noen annen måte, og situasjonen nærmest tvinger redningspersonen til å handle på en bestemt måte, at det foreligger en virkelig nødssituasjon.<sup>23</sup>,"

For at hjelpe plikten etter § 7 skal utløses må hjelpen som ytes være "påtrengende nødvendig". Ved vurderingen av hva som er påtrengende nødvendig i en gitt situasjon skal det legges vekt på om det er fare for liv eller fare for alvorlig forverring av pasientens helsetilstand. Dette følger av forarbeidene til helsepersonelloven. Der presiseres det at bestemmelsen om øyeblikkelig hjelp er "ment for å fange opp situasjoner som krever livreddende innsats, og innsats for å avverge alvorlig helseskade for å hjelpe pasienten ut av en akutt situasjon." Eksempler kan være pustestans, hjertestopp, kraftig blødning, hodeskade og forgiftning. I en prinsipputtalelse fra 2008 uttalte Statens helsetilsyn at: "Helsepersonellets øyeblikkelig hjelpeplikt er formulert først og fremst med tanke på ulykker og akutte sykdomstilfelle og kortvarig helsehjelp, for å sikre at personer som ikke er i stand til selv å påkalle hjelp eller som på grunn av sjokkskader, panikk og lignende motsetter seg påtrengende nødvendig helsehjelp, likevel skal få nødvendig førstehjelp og assistanse. Plikten omfatter også personer med alvorlige diagnoser med dårlige prognoser og som har vært innlagt på sykehus over lang tid.<sup>24</sup>,"

Videre uttalte de i samme sak at: "Påtrengende nødvendig innebærer at den hjelpen som skal gis, kan ha en effekt på helsetilstanden." Formuleringen sikter både til helsetilstanden til den hjelpetrengende og til helsepersonellets muligheter til å gi adekvat hjelp.

At hjelpen er "påtrengende nødvendig" innebærer en tidsavgrensning. Når pasienten har fått tilstrekkelig hjelp og faren er over – eller at pasienten er døende uten at det kan ytes adekvat hjelp – opphører øyeblikkelig hjelp -plikten. Denne kritiske perioden for når øyeblikkelig hjelp kan ytes er også karakteristisk for en nødrettsbetraktning.

I lovbestemmelsen er det uttrykkelig sagt at plikten opphører i den "grad annet kvalifisert helsepersonell påtar seg ansvaret for å gi helsehjelpen". Med annet kvalifisert personell menes det personell som har samme eller bedre kvalifikasjoner til å gi helsehjelp enn personene som først blir forpliktet. Eksempel på et slikt opphør av hjelpeplikten er at ambulansesjåføren overlater pasienten til en lege. Helsepersonellet blir ikke fritatt fra hjelpeplikten ved å overlate pasienten til helsepersonell som har en lavere faglig kompetanse enn den som overlater. Dette kan imidlertid fravikes dersom man er nødt til å prioritere mellom pasientene. Kravet er da at pasienten som blir overlatet får adekvat hjelp i påvente av kvalifisert personell.

Helsepersonellets plikt til å yte hjelp må ses i sammenheng med pasientens rett til motta slik helsehjelp. Hovedregelen er som nevnt at helsepersonellet har en plikt til å yte hjelp. Denne plikten gjelder selv om pasienten motsetter seg. Dette er eksplisitt sagt i helsepersonellovens § 7, første ledd. Denne bestemmelsen innskrenker pasientens rett til selvbestemmelse i øyeblikkelig hjelp situasjoner. Pasienten har kun en begrenset rett til å nekte å motta helsehjelp. Denne muligheten til å nekte er hjemlet i pasientrettighetslovens § 4-9. Etter denne bestemmelsen har pasienten rett til å nekte å motta blodoverføring eller nekte å avbryte en pågående sultestreik. Kravet for denne typen behandlingsnekt er alvorlig overbevisning. Krave om alvorlig overbevisning innebærer ikke et krav om en bestemt begrunnelse. En

<sup>23</sup> Henriette Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling 2000 s. 485

<sup>24</sup> [http://www.helsetilsynet.no/ticleWithLinks\\_10214.aspxemplates/Art](http://www.helsetilsynet.no/ticleWithLinks_10214.aspxemplates/Art)

alvorlig overbevisning kan være politisk, moralsk eller religiøst motivert. Imidlertid kreves det at overbevisningen skal ha en viss fasthet og varighet. Overbevisningen må framstå som et uttrykk for selvvalgt og rasjonell forestilling. For å avgjøre om man står overfor en slik overbevisning må helsepersonellet utelukke at overbevisningen er motivert av en sinnslidelse hos pasienten. Ved avgjørelsen skal helsepersonellet sikre seg tilstrekkelig informasjon om pasientens mentale helse. Dersom helsepersonellet er i tvil kan de ikke unnlate å gi hjelp etter bestemmelsene i helsepersonelloven.

Etter § 4-9 andre ledd kan dødende pasienter motsette seg livsforlengende behandling, dersom behandlingen i realitet er bare en forlengelse av en pågående dødsprosess.

Helsepersonellet skal etter denne bestemmelsen forsikre seg om at pasienten som nekter å motta behandling er myndig. Det vil i dette tilfelle si at pasienten må ha fylt 18 år og ikke den helsemessige myndighetsalderen som er 16 år. Det kan heller ikke være tvil om at pasienten har sin samtykkekompetanse i behold. I tillegg kreves det at pasienten har mottatt informasjon og forstått konsekvensen for sin egen helse ved å nekte behandling.

Beslutningen om behandlingsnekt kan ikke gjøres av foreldre på vegne av sine barn. Det vil si at helsepersonellets hjelpeplikt opprettholdes overfor barn og er uavhengig av barnet og foreldrenes overbevisning. Systemet innebærer at en prosedyre med å overføre foreldreansvaret fra foreldrene til barnevernet for å, for eksempel, kunne gi barnet blodoverføring blir unødvendig.

Bestemmelsen i § 4-9 er en suspensjon fra helsepersonellets hjelpeplikt. Hvis vilkårene er oppfylt gjør bestemmelsen det urettmessig for helsepersonell å gripe inn, også når nødssituasjonen er en realitet. For eksempel hvis den sultende besvimer, eller den dødende slutter å puste. Retten til å nekte behandling suspenderer derimot ikke helsepersonells plikt til forsvarlig omsorg og pleie av pasienten.

## ***8.1 Noen typetilfeller***

### **8.1.1 Selvmordsforsøk**

Om helsepersonellet har rett til å gripe inn med livreddende tiltak dersom pasienten har forsøkt å ende sitt liv har ikke alltid vært klart. Før vedtakelsen av helsepersonelloven § 7 måtte spørsmålet løses på grunnlag av en vurdering etter nødrett bestemmelsen i strl. § 47. Utgangspunktet var den gang en interesseavveining mellom den enkeltes selvbestemmelsesrett og oppfatningene om at de enkelte individ ikke råder over sitt liv.

Pasientens motiv for å nekte behandling måtte tas hensyn til. Var det behandlingsformen pasienten var imot kunne dette tale for at pasientens vilje skulle respekteres. Var motivet å avslutte sitt liv, kunne helsepersonellet gripe inn ut i fra oppfatningen om at et individ ikke kan råde over sitt liv på denne måten. Dette prinsippet kommer til uttrykk i strl. §§ 235, andre ledd og 236, første ledd. Her blir det fastslått at samtykke ikke medfører straffefrihet ved drap og medvirkning til selvmord. Forsøk på å ta sitt eget liv er imidlertid ikke straffbart. Oppfatningen i norsk teori er at det er viktig å verne om menneskeliv ved å gi helsepersonellet rett og plikt til å gripe inn ved selvmordsforsøk. Denne oppfatningen er med vedtakelsen av § 7 blitt gjeldene rett.



### 8.1.2 Gjentakende, men lite inngripende behandlingsform.

Eksempel på behandlingsformer som omtales her er for eksempel insulin sprøyter og daglig medisiner. Det er altså behandlingsformer som er svært vanlige og i en viss grad enkle, men allikevel nødvendige for å holde en sykdom eller symptom på sykdommen i sjakk. Når pasienten nekter å ta i mot den type behandling blir spørsmålet om behandlingsformen oppfyller helsepersonellovens § 7 krav om å være påtrengende nødvendig. Dersom man kommer til at vilkåret er oppfylt, kan helsepersonellet iverksette behandlingen. Dersom det blir nødvendig kan også pasienten tvinges. Dersom pasienten nekter behandling av lite inngripende karakter stiller Aasen<sup>25</sup> spørsmål om dette kan sammenlignes med selvmordsforsøk. Hun mener at motivene for behandlingsnekten må vurderes også i denne situasjonen. Skyldes behandlingsnekten et ubetinget ønske om å dø kan ikke hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett få den tyngden den ellers ville ha fått. Tanken er ikke ny. Også Husabø<sup>26</sup>, i sin bok fra 1994 mener at behandlingsnekt i gitte situasjoner bør sidestilles med selvmordsforsøk. Han hevder at dette må kunne møtes med nødrett og skriver han at ”der nokon unnlet ei lite byrdefull handling som er vanlig og som blir forventa for å hindra ei skadeleg følge moralsk og rettsleg sett er mest nærliggjande å likestilla unnlating med aktiv handling<sup>27</sup>”.

Husabø hevder også at en viss avgrenset inngrepsplikt må gjelde. Enkeltbehandlinger må kunne gis for å vinne tid, men behandling ved tvang kan ikke vare for lenge uten å få karakter av vedvarende frihetskrenkelse. Slik frihetskrenkelse vil etter hans syn gå utover rammene for nødrett. Husabø skrev sin bok før vedtakelsen av helsepersonellovens § 7, men det er likevel ting som tyder på at hans syn også er gjeldene etter dagens rettsstilstand. Helsepersonellovens bestemmelser om øyeblikkelig hjelp gir ikke et klart nok rettsgrunnlag for å tvangsmedisinere en pasient regelmessig dersom pasienten har sin selvbestemmelsesrett i behold.

### 8.1.3 Konstant behandlingsform ved alvorlige sykdommer.

Behandlingsnekt ved alvorlige sykdommer som krever en konstant inngripelse fra helsepersonellet kan ikke sammenlignes med de to overfor nevnte behandlingsformene. Behandlingsformer det her er snakk om kan for eksempel være respiratorbehandling, intravenøs tilførsel av næring eller medisiner eller annen behandlingsform som innskrenker en pasients handel – og bevegelsesfrihet. Dersom pasienten velger å avslutte denne typen behandlingsform er det gode grunner for at dette skal respekteres. Bakgrunnen for denne påstanden er at pasienten i en slik situasjon vil som regel ikke ha et umiddelbart ønske om å dø. Han eller hun velger å avslutte behandlingsformen på bakgrunnen av et valg om å ikke leve for enhver pris. Et argument som brukes for å respektere behandlingsnekt er at pasienten som utøver denne rett vil som regel ha begrenset levetid igjen. Dersom den vedvarende behandlingen opprettholdes vil dette kun forlenge en situasjon med sterkt redusert livskvalitet. Et annet argument er at bruk av tvang for å opprettholde behandlingen vil kunne fremstå som umenneskelig overfor en allerede lidende pasient. At selvbestemmelsesrett skal respekteres styrkes også av det faktum at pasienter med alvorlige sykdommer har ofte levd en stund med sykdommen og har fått tid til å vurdere konsekvensene av sitt valg.

### 8.1.4 Enkeltstående inngrep

Dersom inngrepet er av liten karakter, som for eksempel behandling av forgiftning og insulinsjokk eller stansing av kraftig blødning er det lite som tyder på at pasientens selvbestemmelsesrett skal respekteres fremfor helsepersonelllets hjelpe plikt. Dette er typiske

<sup>25</sup> Henriette Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling 2000

<sup>26</sup> Erling Johannes Husabø, Rett til sjølvalt livsavslutning 1994

<sup>27</sup> Erling Johannes Husabø, Rett til sjølvalt livsavslutning 1994 s. 487

tilfeller som går inn under begrepet ”påtrengende nødvendig” og helsepersonellet vil bære ha rett og plikt til å yte hjelp. Dersom det imidlertid er snakk om større kirurgiske inngrep vil hensynet til pasientens integritet og selvbestemmelse kunne veie tyngre. Forskjellen er at pasienten vil i det første tilfelle få tilbake samme handels og bevegelsesevne så snart inngrepet er gjennomført. Det er ikke like sikkert dersom inngrepet er omfattende. Imidlertid vil selvbestemmelsesretten miste en del av sin betydning dersom forholdene rundt situasjonene er akutte eller dramatiske. Pasienten vil som regel ikke ha tid til å vurdere sin egen situasjon og i praksis er pasienten i slike situasjoner ofte bevisstløs og ikke i stand til å motsette seg. Det er heller ingenting i ordlyden eller forarbeidene til § 7 som tilsier at større kirurgiske inngrep ikke vil kunne falle under øyeblikkelig hjelp plikten. Oppfatning er at hensynet til livet er større enn førligheten. Pasienten ønsker om å ikke utføre en amputasjon, dersom dette er nødvendig for å redde hans liv, vil derfor ikke føre frem.

## **9. Tvang**

Pasientrettighetslovens krav om informert samtykke er utgangspunktet for all helsehjelp. Det vil si at inngrep som pasienten motsetter seg kan ikke iverksettes uten hjemmel i lov. Helsepersonellovens § 7, andre setning lyder: ” Med de begrensninger som følger av pasientrettighetsloven § 4-9, skal nødvendig helsehjelp gir selv om pasienten ikke er i stand til å samtykke, og selv om pasienten motsetter seg helsehjelpen.”

Ut i fra helsepersonelloven § 7 skulle man tro at slik hjemmel alltid forelå i øyeblikkelig hjelp– situasjoner. Dette er imidlertid ikke helt tilfelle for selv om denne bestemmelsen åpner opp for tvangsinngrep, men kan ikke betraktes som hjemmel for tvangsbehandling over lengre tid. Bestemmelsen gjelder enkeltstående inngrep for å avverge fare for liv eller helse. Bestemmelsen kan heller ikke benyttes som grunnlag for tvangsinnleggelser. For at bestemmelsen skal få gyldighet er det også en forutsetning om at den hjelpetrengende på en eller annen måte befinner seg i helsevesenets ”varetekt”. Dette kan være i de tilfellene der pasienten selv har oppsøkt hjelp, eller helsehjelpen har blitt tilkalt for han. Slik det kan være ved en ulykke situasjon. En pasient som bevist har unnlat å tilkalle hjelp, kan ikke hentes inn til behandling. Dette gjelder selv om hjelpen fra medisinsk synspunkt er påtrengende nødvendig. Et viktig unntak her er pasienter som er psykisk syke. Denne gruppen kan under visse forutsetninger hentes inn, også ved bruk av tvang. For pasienter som tilhører denne gruppen gjelder pasientrettighetslovens kap. 4A.

Hvilken handling som kan karakteriseres, og ikke minst oppleves av pasienten, som tvang er vanskelig å gi et generelt svar på. Det viktigste med tanke på bruk av tvang overfor en pasient er at helsepersonellet, som vurderer den typen tiltak, er bevist på at det i relasjon hjelper – hjelpetrengende nesten alltid er en makt ubalanse. Handlinger som har sitt utgangspunkt i vern om livet og som blir sett på som nødvendig, kan oppleves som krenkende og som tvang av pasienten. I slike situasjoner er det viktig at helsepersonellet vurderer konsekvensen av tvang opp i mot andre handlingsalternativer.

Når det er sagt, kan det imidlertid oppstå situasjoner der det er riktig av helsepersonellet å benytte seg av nødrett eller gå på tvers av lovverket for å kunne gi en behandling som fremstår som den beste blant handlingsalternativene.

Før vedtakelsen av helsepersonellsloven § 7 var det vanlig å løse spørsmålet ved å se på nødrettsbestemmelsene i straffeloven. Straffelovens §§ 47 og 48 som omhandler nødrett og

nødverge pålegger ikke en ”inngrepsplikt”, men innebærer at ellers straffbare handlinger, etter en konkret interesseavveining, blir straffefrie og rettmessige. Dette betyr at helsepersonell straffritt kan yte helsehjelp selv om pasienten ikke samtykker, eller gir uttrykk for at helsehjelpen er uønsket.

For at en i utgangspunktet ulovlig behandling (inngrep uten samtykke) likevel skal være lovlig etter nødrettsbestemmelsene kreves det at krenkelsen av pasientens selvbestemmelsesrett er mindre enn godet som oppnår. Bruken av nødrett krever nøye overveielser og god begrunnelse. Helsepersonellet bør kunne dokumentere begrunnelsen skriftlig.

Det er likevel ingen tvil om at helsepersonellovens bestemmelser og nødrett innskrenker pasientens rett til selvbestemmelse og legitimerer bruken av tvang ved enkeltstående inngrep. Spørsmålet som reiser seg blir om de bestemmelsene også kan brukes der bruken av tvang skjer dagelig eller regelmessig. Det er tidligere blitt sagt at gjentakende medisinerings eller insulin innsprøytning er sett på som ”påtrengende nødvendig” i forhold til øyeblikkelig hjelp-situasjoner. Har helsepersonellet dermed fått myndighet til å holde fast en pasient for å forsikre seg om at han får i seg nødvendig medisin? Og dersom den helsehjelp trengende bor hjemme, kan de bryte seg inn hos vedkommende for å sette sprøyten med insulin?

I sin bok skriver M. Halvorsen at det ”skal mye til før legen lovlig kan trosse pasientens uttrykkelig forbud mot behandling. Det er ikke nok at tilstanden er dødelig; det kan ikke stilles opp noen alminnelig plikt til å holde seg i live<sup>28</sup>.” I en artikkel skrevet for den norske legeforening som omhandler pasientens rett til å nekte behandling uttrykker M. Halvorsen at ”tilstander som kommer inn under kategorien ”påtrengende nødvendig” bør være snevrere når pasienten er bevisst og tydelig neker behandling (...)”<sup>29</sup>. Aasens oppfatning om denne problematikken er at ”både rett og plikt til å gi behandling mot pasientens vilje opphører når inngrepet får karakter av å representere en vedvarende tvang overfor pasienten<sup>30</sup>”. Videre skriver hun at ”slike tiltak er så inngripende overfor pasienten at det må kreves klarere rettsgrunnlag enn det helsepersonellovens bestemmelser om øyeblikkelig hjelp gir (...)”. Aasen mener at det i situasjoner med gjentakende behandling må falle tilbake på hovedregelen om samtykke i pasientrettighetsloven § 4-1 første ledd.

Helt enighet er det imidlertid ikke. Om bestemmelsen i helsepersonelloven skriver O. Molven at ”Bestemmelsen sier ikke noe eksplisitt om situasjonen der pasienten fysisk motsetter seg å bli hjulpet. Mye taler for ikke å pålegge helsepersonell å skulle bruke fysisk makt. Men det er ikke sagt noe sted at det ikke kan brukes. I praksis brukes tvang i større og mindre grad, noe som neppe er helt forbudt.<sup>31</sup>”

Det virker som om det er vanskelig å trekke klarer grenser. Så vidt jeg kan se finnes det heller ingen rettspraksis som kan gi veiledning. Der bestemmelsen om pasientens rett til selvbestemmelse kommer i konflikt med helsepersonellens hjelpeplikt er det ikke lett å uttale seg om hvem som skal få forrang.

Problemet kommer ikke så ofte opp da folk flest har tiltro til helsevesenet og det eksisterer en gammel tradisjon om at man ikke kan frabe seg helsehjelp. De siste årene har det imidlertid blitt satt rettslig fokus på å styrke pasientrettigheter. Det er derfor ikke helt usannsynlig at

<sup>28</sup> Marit Halvorsen Rettslig grunnlag for medisinsk behandling 1998 s.202

<sup>29</sup> [http://www.tidsskriftet.no/index.php?seks\\_id=485176](http://www.tidsskriftet.no/index.php?seks_id=485176)

<sup>30</sup> Henriette Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling 2000 s. 495

<sup>31</sup> Olav Molven, Helse og jus 2002 s. 139

disse vil kunne vinne fram i dersom grensene for pasientens selvbestemmelsesrett blir satt på spissen ved en eventuell rettstvist.

Til nå har kun behandlingsnekt ved tradisjonell medisinsk behandling vært omtalt. Med i mange tilfeller vil det å påtvinge en pasient føde eller intravenøs næring kunne sammenlignes med medisinsk behandling. Det er helt klart av spisevegring over en lengre periode vil kunne føre til alvorlige konsekvenser for pasientens liv og helse. Spørsmålet blir derfor om pasienter som nekter å ta til seg næring kan "tvangsfores".

Det er særlig tre situasjoner som blir drøftet i den juridiske teori. Den første er den dødssykes rett til å nekte næringstilførsel. Andre tilfelle er pasienter som har spiseforstyrrelser og som nekter å la seg behandle. Siste situasjon er pasienten som sultestreiker for å trekke oppmerksomhet til en sak.

I tilfelle av den dødssyke pasienten er det enighet om at hans ønske skal respekteres. Argumentene som blir brukt er de samme som der den dødssyke velger å avbryte livsforlengende behandling. Det blir sagt at dersom pasienten har en sykdom han allikevel kommer til å dø av kan han ikke påtvinges tilførsel av næring. Situasjonen sidestilles med behandlingsnekt ved bruk av tradisjonell medisin og som er lovfestet i pasientrettighetsloven § 4-9. M. Halvorsen trekker grensen mellom tilførsel av næring, og tilførsel av væske. Hun skriver at: "Å få døden fremskyndet av mangel på næring, behøver ikke å være ubehagelig. Å dø av tørst er derimot meget smertefullt<sup>32</sup>." Hun skriver ikke hvorfor hun trekker denne grensen, men det kan være på grunnlag av at behandlingsnekten skal ikke gjelde for nødvendig pleie og omsorg. I situasjoner der pasienter er dødssyke og velger å avslutte sitt liv skal helsepersonellet så langt det lar seg gjøre unngå at pasienten lider av smerte.

Dersom pasienten har spiseforstyrrelser, kan det gis næring uten at pasienten samtykker. Dette fremkommer av psykisk helsevernloven § 4-4 bokstav b. Loven skiller ikke mellom de forskjellige typene av spiseforstyrrelser, men mest kjente eksempler er anorexia nervosa og bulimi. Imidlertid setter loven opp krav om at inngrep etter bestemmelsen skal fremstå som et strengt nødvendig behandlingsalternativ. Frivillighet og andre tiltak skal være prøvd og det skal være klart at man ikke vil nå frem med disse.

Grunnvilkåret for all helsehjelp etter psykisk helsevernloven er alvorlig sinnslidelse, jf. § 3-3. Om spiseforstyrrelser faller inn under lovens hovedformål er uklart. Slik jeg skjønner forarbeidene til loven så må i hvert enkelt tilfelle foretas en helhetsvurdering av pasientens mentale tilstand. Denne vurderingen er skjønnsmessig, men dersom man kommer til at pasienten har et sterkt fordreid kroppsoppfatning eller selvbilde kan pasientens tilstand sidestilles med en psykosetilstand.

Formålet med å åpne opp for bruk av tvang ved behandling av pasienter med spiseforstyrrelser er å gi pasientene næring før tilstanden blir så akutt at den havner under øyeblikkelig hjelp – situasjoner etter helsepersonelloven § 7. Dette formålet må være bakgrunnen for at bestemmelsen i § 4-4 ikke oppstiller nødssituasjon som et krav for at behandlingen skal begynne. Behandling med næringstilførsel kan skje av hensyn til pasientens videre prognose. Pasienten trenger med andre ord ikke å være i umiddelbar livsfare.

---

<sup>32</sup> Marit Halvorsen Rettslig grunnlag for medisinsk behandling 1998 s. 196

Om gjennomføringen av behandlingen sier forskriftene til loven at: "Behandlingen må gjennomføres på en så lite inngripende måte som mulig<sup>33</sup>". Om bruken av tvang overfor denne pasientgruppen har departementet uttalt "at loven bør legge terskelen høyt for tvangsmessige inngrep<sup>34</sup>". Bestemmelsen om bruken av tvang syntes derfor å være svært streng.

Når det gjelder personer som sultestreiker har loven gitt de rett til å nekte å avbryte denne, jf. pasientrettighetsloven § 4-9. Da tilførsel av næring vil innebære en avbrytelse, har ikke helsepersonellet noen mulighet til å gripe inn. I denne situasjonen bør respekten for individets integritet få gjennomslagskraft overfor hensynet til å redde liv. Respekten for sultestreikene handler også om ytringsfrihet. Heller ikke når personene besvimer eller blir innlagt på sykehus kan helsepersonellet yte hjelp, det vil anses å stride mot pasientens vilje. Skal helsepersonellet kunne gripe inn må pasientens nærmeste pårørende ha fått myndighet til å oppheve sultestreiken dersom pasienten selv blir bevisstløs.

## **10. Rettsvirkninger**

### **10.1 Gyldig samtykke**

Generelt sett innebærer et gyldig samtykke at handlinger, som objektivt sett rammes av straffelovens forbud mot legemskrenkelser, betraktes som frivillige og er derfor ikke straffverdige.

I forhold til bestemmelsen om informert samtykke i pasientrettighetsloven kan pasientens avgitte samtykke sammenlignes med en forpliktende privatrettslig avtale. Pasientens samtykke gir helsepersonellet tilstrekkelig rettsgrunnlag for å iverksette behandling, også når behandlingen medfører større eller mindre fysiske endringer av pasientens legeme. Pasienten som samtykker til en bestemt handling mister sin rett til å kreve erstatning. Dette er under forutsetning av at pasienten har blitt tilstrekkelig informert om risikofaktorene ved behandlingen han har samtykket til. I tillegg må helsepersonellet som utfører handlingen opptre forsvarlig.

### **10.2 Forsvarlighet**

Kravet til forsvarlig opptreden finner vi i helsepersonelloven § 4. Bestemmelsens første ledd lyder: "Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjon, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig."

Bestemmelsen som forsvarlig opptreden er på ingen måter ny. I helsepersonelloven har den imidlertid fått en ny og mer utfyllende utforming. Bestemmelsen legger ikke en ideell adferd til grunn, men bygger på hva som vanligvis kan forventes i en bestemt situasjon. Forventningene bestemmes ut i fra helsepersonellets kvalifikasjoner. Hva helsepersonellet er kvalifisert til å gjøre bestemmes av deres utdanning og profesjonstilhørighet. Det tas også hensyn til at kompetansen kan utvikles eller endre over tid. Kravet til forsvarlighet innebærer at helsepersonellets kompetanse kan få betydning for den helsehjelpen som tilbys eller gis. Helsepersonell som vurderer pasientens tilstand kan komme til at annen faglig kompetanse må innhentes. Dersom dette ikke er mulig innebærer forsvarlighetskravet at helsepersonellet

---

<sup>33</sup> Forskrift om undersøkelse og behandling uten eget samtykke § 9 andre ledd.

<sup>34</sup> <http://www.regjeringen.no/nb/dep/hod/dok/regpubl/otprp/20052006/otprp-nr-65-2005-2006-/10/2.html?id=188497>

gjør sitt beste ut fra situasjonen. Bestemmelsen er med andre ord ikke til hinder for at helsepersonellet, i gitte situasjoner, går utover sin fagkompetanse. Dette vil være typisk for nødssituasjoner. Bakgrunnen for dette er at et livreddende forsøk, selv om de er utenfor vedkommendes som utfører forsøket sin kompetanse, kan ikke sies å medføre en helserisiko for pasienten. Alternativet dersom ikke forsøket utføres vil i mange tilfeller være at pasienten dør.

Forsvarlighetskravet har mange likhetstrekk med det alminnelige kravet til aktsomhet (culpa). Begge kravene skal for eksempel motvirke skadevoldende handlinger og unnlatelser. Imidlertid går helselovgivningens krav til forsvarlighet noe lengre. Mens det ved vanlig culpa vurdering må foreligge en årsakssammenheng mellom handlingen/unnlatelsen og skaden, er det ved vurdering av helsepersonellets forsvarlighet ingen krav om at en skade har skjedd. Dette følger av formålet med forsvarlighetskravet. Nemlig å bringe inn kvalitet inn i helsetjenesten.

Dersom helsepersonellet handler på en uforsvarlig måte kan de straffes etter helsepersonelloven § 67. Bestemmelsens første ledd lyder: ”Den som forsettlig eller grovt uaktsomt overtrer eller medvirker til overtredelse av bestemmelsene i loven, (...), straffes med bøter eller fengsel i inntil tre måneder.”

Også denne bestemmelsen er en videreføring av tidligere straffebestemmelser i helselovgivningen. Imidlertid har muligheten til å benytte straff ved overtredelser av denne loven blitt begrenset. Begrensningene er en følge av en rettsavgjørelse fra Høyesterett (RT. 1997 s. 1800). I denne avgjørelsen ble det uttalt at det må kreves mer enn ordinær uforsvarlighet før det blir aktuelt med straffeansvar. Krav om kvalifisert skyld ble etter denne avgjørelsen innført.

Overtredelsen av forsvarlighetskravet kan også straffe etter straffeloven § 157. Her lyder bestemmelsen:

”Den, som vidende om, at han derved udsætter andres Liv eller Helbred for Fare,

1. (...)

2. under Lægevirksomhed anvender nogen Behandlingsmaade, som ikke er egnet til å helbrede eller modvirke Sykdommen,

straffes med Fængsel (...) ”

### ***10.3 Privatrettslige virkninger***

Pasientens samtykke innebærer ikke en forpliktelse til å la seg behandle. Pasienten kan når som helst trekke tilbake sitt samtykke. Dette følger av pasientrettighetsloven § 4-1 andre ledd. Dersom pasienten velger å trekke tilbake sitt samtykke kan den inngåtte behandlingsavtalen innebære en forpliktelse til å betale for omkostninger eller tap som tilbakekalle medføre. For at pasienten skal kunne trekke seg fra behandlingsavtalen kan behandlings institusjoner eller yrkesutøvere, både offentlige og private, sette en tidsfrist for pasientens tilbakekall av samtykke. Dersom pasienten ikke overholder denne tidsfristen kan han bli forpliktet til å betale et erstatningsbeløp. For pasienten betyr det at dersom han ikke avbestiller i tide vil han kunne få et alminnelig culpa- ansvar. Dette ansvaret er særlig aktuelt ved rutinemessige undersøkelser eller i situasjoner som ikke fremstår som påtrengende nødvendige. Ved alvorlige eller risikofylte behandlinger er det antatt at pasienten må kunne bruke tiden fram mot behandlingen til å vurdere om han vil gjennomføre den eller ikke. Pasienten vil derfor ikke bli økonomisk ansvarlig dersom han trekker seg i den overfor nevnte situasjonen. Et viktig unntak er avtaler gjort med privat klinikker. Her kan pasienten bli ansvarlig for hele

eller deler av det påførte tapet. Både ved offentlige og private institusjoner kan det også være vanlig å pålegge et mindre avbestillingsgebyr.

## **11. Ugyldig samtykke**

Dersom en pasient har avgitt et samtykke som senere viser seg å være ugyldig, er pasienten ubundet av dette samtykke. Har pasienten allerede blitt behandlet vil det være vanskelig å omgjøre dette. Pasienten vil imidlertid kunne stille erstatningskrav mot vedkommende eller institusjonen som har utført handlingen. Den som utfører handlingen vil også kunne være strafferettslig ansvarlig.

### **11.1 Erstatning**

Erstatning for pasientskade følger av pasientskadeloven §§ 2 og 3. Denne loven er en videreføring av en midletidig pasientskade ordning som eksisterte i 13 år før vedtakelsen av loven i 2001. Loven trådte i kraft i 2003 for offentlig helsetjeneste, og ikke før i 2009 for privat helsetjeneste.

Etter bestemmelsene i pasientskadeloven skal både fysiske og ikke- fysiske skader på pasienter kunne gi rett til erstatning, og det er i utgangspunktet pasientens økonomiske tap som dekkes. Tapet må være større enn 5000 kroner. Dersom pasienten har fått betydelig eller varige skader kan menerstatning utbetales. Menerstatning skal kompensere for redusert livskvalitet og vilkåret er en medisinsk invaliditet på 15 prosent eller mer. I tilfelle av varig eller betydelig skade trenger ikke pasienten å ha lidd et økonomisk tap for å få menerstatning.

### **11.2 Strafferettslige reaksjoner**

Etter helsepersonelloven § 67 kan ”den som foresettelig eller grovt uaktsomt overtrer eller medvirker til overtredelser av bestemmelser i loven eller i medhold av den, straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder”. Da reglene om informert samtykke står i pasientrettighetsloven og ikke i helsepersonelloven vil ikke overtredelse av disse kunne straffes etter overnevnt bestemmelse. Helsepersonellet brudd på hjelpeplikt i øyeblikkelig hjelp – situasjoner vil kunne få følger etter denne bestemmelsen.

Manglende eller ugyldig samtykke til behandling vil kunne imidlertid medføre straffeansvar etter straffelovens §§ 228, 229 og 231. Dette er fordi behandlingen vil kunne objektivt sett utgjøre en legemsfornærmelse eller legemsbeskadigelse. For at bestemmelsene skal kunne anvendes stiler det et krav om forsettelig handling<sup>35</sup>. Dette er også hovedregelen i straffeloven § 40, første ledd. Det er etter disse bestemmelsene handlinger som er utført med vilje og viten som først og fremst er straffeverdige. Uaktsomhet rammes bare dersom dette er uttrykkelig bestemt eller utvedydig forutsatt, jf. straffelovens § 40 første ledd.

Etter alminnelig lære foreligger det forsett i straffelovens forstand dersom personene enten har handlet i den hensikt å fremkalle en bestemt følge, eller har regnet med en følge for sikker eller overveiende sannsynlig. Dersom helsepersonellet iverksetter et inngrep eller behandling som kan karakteriseres som legemskrenkelse overfor pasienten, foreligger det forsett i forhold til selve handlingen. I disse tilfellene trenger man ikke å vurdere sannsynligheten. Ethvert inngrep vil ha bestemte følger.

---

<sup>35</sup> Johs. Andenæs, Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene 2008 s. 68

Etter straffelovens § 42 og avgjørelsen inntatt i Rt. 1983 s. 1268 skal personer som handler bedømmes ut i fra sin egen oppfatning av den faktiske situasjonen. Dersom helsepersonellet har misforstått pasientens uttalelser og handler med den tro at det foreligger et samtykke kan dette være en villfarelse som utelukker straff. Dette gjelder ikke i situasjoner der helsepersonellet er klar over at et samtykke ikke er avgitt, men tror at pasienten ville ha samtykket dersom han ble spurt. Om dette skriver Andenæs at: ” Et slikt hypotetisk samtykke bør neppe virke straffriende. Samtykke er frivillig avkall på rettsbeskyttelse. Så lenge slikt avkall ikke er gitt, må omverden innrette seg etter dette<sup>36</sup>. ” Dersom behandlingen eller inngrepet iverksettes uten å tenke over om samtykket er avgitt foreligger det heller ingen faktisk villfarelse. Det samme gjelder der helsepersonellet er usikret på om samtykke er avgitt og unnlater å undersøke dette. Aasen skriver at det ”må foreligge en kvalifisert feiltro for at legene skal kunne høres med en innsigelse om faktisk villfarelse<sup>37</sup>”.

Dersom helsepersonellet ikke vet at samtykke kreves eller at behandlingen krever at samtykke har en bestemt form (for eksempel skriftlig), kan det stilles spørsmål om helsepersonellet er i rettsvillfarelse. Når det gjelder rettsvillfarelse er det bestemmelsen i straffeloven § 57 som kommer til anvendelse. Hovedregelen etter denne bestemmelsen er at rettsvillfarelse ikke medfører frifinnelse. Det er bare i unntakstilfeller at rettsvillfarelsen kan føre til frifinnelse og rettsvillfarelsen må anses for å være unnskyldelig. Det kan vanskelig tenkes at helsepersonell kan påberope seg rettsvillfarelse i vårt tilfelle. Pasientens selvbestemmelsesrett er sentral i helselovgivningen og det kreves at man kjenner til reglene for det yrke eller den virksomhet man driver.

### ***11.3 Administrative reaksjoner***

Helsepersonell som overtrer lovpålagte plikter eller handler i strid med god yrkesetikk kan straffes etter helsepersonelloven kap 11. Formålet med bestemmelsene er å sikre kvalitet i og tillit til helsetjenesten ved at brudd på lovbestemte plikter blir korrigert. Som ved strafferettslige reaksjoner er det kun overtredelsen av helsepersonellets bestemmelser som kan gi reaksjonen i form av advarsel, tilbakekall, suspensjon eller begrensning.

Helsepersonelloven § 56 hjemler administrativ reaksjon i form av advarsler. Reaksjonene er et forvarsel om at vedkommende som får advarsel må endre sin atferd. Dersom vedkommende ikke følger oppfordringen vil han stå i fare for å miste sin autorisasjon, lisens eller godkjenning. Bestemmelsen er en videreføring og skjerping av tidligere bestemmelser om advarsel i legeloven § 52 og tannlegeloven § 47. At bestemmelsen er skjerpet betyr at det i gjeldene lov er inntatt strengere kriterier for å kunne benytte reaksjonsformen. Kriteriene er forsettlig eller uaktsom pliktbrudd som har en viss alvorighetsgrad og som egnet til å medføre fare for sikkerhet i helsetjenesten eller påføre pasienten betydelig belastning. Vurderingen må skje kontret i hvert enkelt tilfelle og vil ofte være skjønnsmessig.

Bestemmelsen i helsepersonelloven § 57 regulerer adgangen til å tilbakekalle autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning. Formålet med bestemmelsen er å beskytte pasienter mot yrkesutøvere som utgjør en risiko. Tilbakekall vil som oftest fjerne grunnlaget for yrkesutøvelsen.

---

<sup>36</sup> Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett 2004 s. 203

<sup>37</sup> Henriette Sinding Aasen, Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling 2000 s. 257



Vilkåret for tilbakekall er at helsepersonellet er uegnet til forsvarlig yrkesutøvelse. Egenheten skal vurderes ut fra situasjonen ved vedtakstidspunktet og bakover i tid. Egenhetsvurderingen vil variere med hensyn til helsepersonellens historikk, alder og uegenhetsgrunn.

Bestemmelsen oppstiller en rekke eksempler som kan føre til at vedkommende utgjør en fare for sikkerhet i sin tjeneste. Disse kalles tapsvilkår og er felles for alle grupper autorisert helsepersonell. I bestemmelsen er det også innført et nytt tapsvilkår i forhold til tidligere helselovgivning. Tilbakekall dersom ikke helsepersonellet inntreffer seg til tross at de har mottatt advarsel. Øvrige tapsvilkår er vedvarende somatisk eller psykisk sykdom, rusmisbruk, grov mangel på faglig innsikt, pliktbrudd og ellers adferd som anses som uforenlig med yrkesutøvelsen. Etter denne bestemmelsen kan tilbakekall ikke skje på grunnlag av en forbigående situasjon. Tilbakekall kan heller ikke finne sted dersom situasjonen er opphørt eller der helsepersonelle viser evne og vilje til å korrigere seg<sup>38</sup>.

Helsepersonellet kan også miste retten til autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning etter straffelovens § 29 nr. 2. Bestemmelsen forutsetter da at påtalemyndighetene har fremmet en straffesak for domstolene. Rettighetstap etter denne bestemmelsen er betraktet som straff og er derfor begrunnet annerledes enn bestemmelsen i helsepersonelloven. Bestemmelsens formål med å straffe er en gjengjeldelse fra samfunnets side mot lovovertrederen, ikke å verne framtidig pasient eller bygge tillit som i helsepersonelloven.

Dersom helsepersonellet mister sine rettigheter etter straffelovens bestemmelser vil ikke de administrative reaksjonene kunne iverksettes på grunnlag av den avgitte dommen. Rettighetstap etter straffeloven og forhold til helsepersonelloven har ikke vært oppe for domstolene, men spørsmålet ble drøftet i forarbeidene til den tidligere legelov. Der ble det uttalt at:

”Er en lege blitt dømt til tap av retten til å utøve legeyrket, vil saken dermed være avgjort. Om tapet gjelder for eksempel 2 år eller 5, kan ikke administrasjonen på grunnlag av det forhold dommen gjelder, inndra autorisasjon eller lisens for lengre tid. Finner domstolene at rettighetstap ikke bør idømmes, må dette godtas av administrasjonen, uansett om den vurderer forholdet strengere.”<sup>39</sup>,

På den andre siden vil de administrative reaksjonene ikke stenge for at saken blir tatt opp for domstolene. Men ettersom de ilagte reaksjonene vil kunne ha alvorlige følger for vedkommende, vil de være et moment ved vurderingen av straffeutmålingen.

Bestemmelsen i helsepersonelloven § 58 gir en adgang til å suspendere helsepersonellens rettigheter. Suspensjon er en reaksjon som skal brukes midlertidig og der det er behov for å handle raskt. Vilkåret er at det er ”grunn til å tro”<sup>40</sup> at det foreligger grunnlag for tilbakekall. Helsepersonellens utøvelse av yrket må i tillegg anses å være til fare for sikkerheten i tjenesten.

Dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt kan Statens helsetilsyn begrense helsepersonellens autorisasjon til å gjelde utøvelse av bestemt virksomhet under bestemte vilkår. Dette følger av helsepersonelloven § 59. Bestemmelsen er ny og gir helsepersonellet en mulighet til å forsette med sitt yrke der det er forenlig med nødvendig sikkerhet og kvalitet i helsetjenesten.

<sup>38</sup> Helsepersonelloven med kommentarer 2001 s. 268

<sup>39</sup> Ot. prp. nr 1 1979-1980, avsnittet gjengitt i boken Helsepersonelloven med kommentarer på s. 250

<sup>40</sup> Jf. helsepersonelloven § 58

Bestemmelsen er ikke en lemping av kravene om kvalitet, men en mulighet for individuell tilpassning og vurdering av hvert enkelt tilfelle. Bestemmelsen om begrensning er mindre inngripende enn bestemmelsene om tilbakekall og skal derfor brukes der begrensning av autorisasjon er tilstrekkelig for å verne pasienter fra uforsvarlig utøvelse av yrke.

## **12. Litteraturliste**

- Helsepersonelloven – med kommentarer 2. utg, 2001, Anne Kjersti Befring og Bente Ohnstad
- Velferdsrett 1 4. utg, 2008, Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse
- Rettslig grunnlag for medisinsk behandling, 1998, Marit Halvorsen
- Helserett 2. utg, 2007, Asbjørn Kjønstad
- Barn og unges rettigheter som pasienter, 1998, Lasse A. Warberg
- Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling, 2000, Henriette Sinding Aasen
- Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning, 2002, Bente Ohnstad
- Rett til sjølvalt livsavslutning? 1994, Erling Johannes Husabø
- Pasientrettighetsloven –med kommentarer 3. utg, 2009, Aslak Syse
- Sosialrett 6. utg, 2003, Kristian Andenæs, Olav Molven, Ørnulf Rasmussen, Kirsten Sandberg og Lasse Warberg
- Helse og jus, 5. utg, 2006 Olav Molven
- Alminnelig strafferett, 5. utg, 2005, Johs. Andenæs
- Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene, 2008, Johs. Andenæs
- Frivillighet og tvang i behandling av barn og ungdom, 1998, Willy-Tore Mørch, Jannike E. Snoek og Aslak Syse
- Å si fra. Autonomibegrepet i psykoanalysen, Siri Erika Gullestad.
- Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.
- Pasienter som nekter behandling, Nr. 3 – 30. januar 2002 Tidsskr Nor Lægeforen, M. Halvorsen
- Legers plikt til å hjelpe og pasienters rett til å nekte, Nr. 11 – 30. april 2001 Tidsskr Nor Lægeforen, A. K. Befring
- Prinsipputtalelse om retten til øyeblikkelig hjelp for pasient på sykehus, sammendrag av uttalelse fra Statens helsetilsyn 2008, [www.helsetilsynet.no](http://www.helsetilsynet.no)